

**Das Verbot von Überraschungsentscheidungen
nach § 278 III ZPO**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Fritz Helbig
aus Berlin - Zehlendorf

1979

**Das Verbot von Überraschungsentscheidungen
nach § 278 III ZPO**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Fritz Helbig
aus Berlin - Zehlendorf

1979



Dekan: Prof.Dr. Karl Kroeschell

Referent: Prof.Dr.Peter Arens

Korreferent: Prof.Dr.Albrecht Dieckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Juli 1979

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	I
Materialien zur Entstehungsgeschichte des § 278 III in zeitlicher Reihenfolge	IX
Einleitung	1
I. Problemstellung	5
1. Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkten	5
2. Das Überraschungsurteil als Folge des Grundsatzes "iura novit curia"	6
3. Beispielsfälle	8
II. Die Hinweispflicht auf veränderte recht- liche Gesichtspunkte im Strafprozess im Vergleich zu § 278 III	11
1. Die Notwendigkeit eines Schutzes vor Überraschungsentscheidungen im Verfah- ren mit Untersuchungsgrundsatz	11
2. Der gemeinsame Grundgedanke von § 265 StPO und § 278 III	12
3. Unterschiede	13
III. Die Praxis der Hinweistätigkeit im Stuttgarter Modell	17
1. Hauptteil: Die Voraussetzungen der Hin- weispflicht nach dem Wortlaut des § 278 III	23
IV. Der Begriff des rechtlichen Gesichts- punktes	23
V. Die Entscheidungserheblichkeit des recht- lichen Gesichtspunktes	26

1. Unterscheidung nach Haupt- und Hilfsbegründung?	26
a) Problemstellung	26
b) Meinungen in der Literatur	27
c) Bedeutung von rechtlichen Gesichtspunkten der Hilfsbegründung für die Entscheidung	29
aa) Berücksichtigung der conditio sine qua non Formel?	29
bb) Einfluss einer unterschiedlichen rechtlichen Würdigung von Gesichtspunkten der Hilfsbegründung auf die Entscheidung	30
cc) Eigene Stellungnahme	31
d) Bedeutung des Novenverbotes	32
e) Entlastung der Berufungsinstanzen	35
f) Prozessuale Bedeutung von Hilfsbegründungen	37
aa) Frühzeitige Erledigung des Streitfalles in der Revisionsinstanz	37
bb) Gewährleistung von zwei gleichwertigen Tatsacheninstanzen	38
2. Hinweise auf Einreden	40
a) Problemstellung	40
b) Zulässigkeit von Hinweisen im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139	41
c) Eigene Stellungnahme	42
aa) der materiell-rechtliche Bestand der Einrede als nichtentscheidungserheblicher Gesichtspunkt	43
bb) Notwendigkeit eines Hinweises auf die rechtlichen Folgen einer unterlassenen Geltendmachung der Einrede	43

VI. Entscheidungsarten des § 278 III	47
1. Urteile	47
2. Beschlüsse	47
a) Problemstellung	47
b) Differenzierung nach dem Vorliegen einer mündlichen Verhandlung?	51
c) Berücksichtigung der Möglichkeit zur Beschwerde?	53
d) Eigene Stellungnahme	54
e) Hinweispflicht bei Beweisbeschlüssen?	55
VII. Exkurs: Die Hinweispflicht im schriftlichen Verfahren nach § 128 II	61
1. Meinungen in der Literatur	61
2. Stellungnahme des Gesetzgebers	61
3. Eigene Stellungnahme	62
a) Verstärkter Schutz der Parteien im schriftlichen Verfahren	62
b) Geltung der Präklusionsvorschriften im schriftlichen Verfahren	64
c) Berücksichtigung des funktionalen Zusammenhanges zwischen schriftlichem Verfahren und mündlicher Verhandlung	65
VIII. Die Nichtberücksichtigung von Nebenforderungen	66
1. Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren	66
2. Problemstellung	66
3. Herausarbeitung der massgeblichen Ansatzpunkte für die Bestimmung einer Nebenforderung iSd § 278 III	71
a) Enthält die ZPO einen einheitlichen Begriff der Nebenforderung?	71
b) Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 278 III	73

c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise von Nebenforderungen	75
aa) Meinung in der Literatur	75
bb) Eigene Stellungnahme	76
IX. Das Verkennen der Rechtslage	81
1. Die Fehleinschätzung der Prozesslage	81
a) Problemstellung	81
b) Die Regelung nach dem Bundesratsvorschlag	81
c) Die Stellungnahme des Anwaltsvereins	84
d) Eigene Stellungnahme	86
2. Das Kriterium der Erkennbarkeit	87
a) Die Erkennbarkeit als gerichtlich nachprüfbarer Rechtsbegriff	87
b) Erkennbarkeit der Fehleinschätzung im Verfahren ohne anwaltliche Vertretung	91
2. Hauptteil: Die Voraussetzungen der Hinweispflicht aus dem Normzweck des § 278 III	94
X. Abhängigkeit der Hinweispflicht von der Möglichkeit einer Anpassung bzw. Vervollständigung des parteilichen Tatsachenvortrages?	94
1. Problemstellung	94
2. Meinungen in der Literatur	96
3. Entstehungsgeschichte des Gesetzes	97
4. Recht sprechungsanalyse zu § 139	98
5. Die Abhängigkeit zwischen Tat- und Rechtsfrage als Rechtfertigung für § 278 III	106
6. Folge: Nur beschränkte Geltung des § 278 III im Revisionsverfahren	111
3. Hauptteil: Das Verhältnis von § 278 III zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG)	114
XI. Voraussetzungen und Umfang einer rechtlichen Hinweispflicht aus Art. 103 GG	114
1. Problemstellung	114

2. Fordert Art.103 GG ein Rechtsgespräch?	115
3. Verpflichtet Art. 103 GG zu rechtlichen Hinweisen auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit von rechtlichen Gesichtspunkten?	119
a) Ist diese Verpflichtung von grundsätzlicher Natur?	119
b) Besteht die Verpflichtung in Ausnahmesituationen?	121
c) Zusammenfassung	124
4. Die Voraussetzungen einer Hinweispflicht nach § 278 III im Verhältnis zum verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 103 GG	127
a) Literaturmeinung	127
b) Eigene Stellungnahme	128
4. Hauptteil: A:Umfang der Hinweispflicht nach § 278 III	130
XII. Verpflichtet § 278 III zur Offenlegung der richterlichen Rechtsauffassung?	130
1. Literaturmeinung	130
2. Eigene Stellungnahme	133
XIII. Zusammenfassung: Das Normverständnis des § 278 III	136
1. § 278 III als verfahrensmässige Konkretisierung des verfassungsmässigen Rechtes der Parteien, mit Angriff und Verteidigung gehört zu werden	136
2. § 278 III als Fürsorgepflicht des Gerichts zur Sicherstellung der parteilichen Herrschaft über den Tatsachenstoff	136
4. Hauptteil: B:Art und Weise der Hinweispflicht	138
XIV. Befähigung der Parteien zu einer sachgemässen Stellungnahme	138
1. Berücksichtigung der intellektuellen Aufnahmefähigkeit der Parteien	138
2. Rechtzeitigkeit des rechtlichen Hinweises	141

a) Darstellung der für den Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs ent- wickelten Grundsätze	142
b) Argumente für die Übernahme dieser Grund- sätze auf § 278 III	144
c) Ergebnis	146
4. Hauptteil: C: Wem gegenüber besteht die Hinweispflicht?	147
XV. Hinweispflicht gegenüber Dritten, die am Verfahren beteiligt sind	147
1. Problemstellung	147
2. Hinweispflicht gegenüber Streitgenossen?	148
3. Hinweispflicht gegenüber dem Neben- intervenienten	151
XVI. Hinweispflicht gegenüber Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt sind	155
5. Hauptteil: Die Berücksichtigung der Verfah- rensbeschleunigung für die Aus- legung des § 278 III	160
XVII. Die Steuerungsfunktion der rechtlichen Hinweise	160
1. Problemstellung	160
2. Möglichkeit einer Selektion des Tatsachen- vortrages	161
3. Berücksichtigung des beschleunigungsgefähr- denden Effektes der Präklusionsvorschriften	163
XVIII. Hinweispflicht vor Beginn des Haupttermins	164
1. Hinweise nach Abschluss des Vorverfahrens	164
a) Nutzung der Zeitspanne zwischen Vor- und Haupttermin	164
b) Problem der rechtssystematischen Stellung des § 278 III in der Vorschrift über den Haupttermin	165
c) Ergebnis	166

2. Hinweise im Vorbereitungsstadium	167
3. Zusammenfassung	169
6. Hauptteil: Die Verfahrensrüge wegen Verletzung des § 278 III	171
XIX. Voraussetzungen	171
XX. Die Bedeutung des Noven-Verbotes für die Verfahrensrüge des § 278 III	173

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

=====

- ARENS, Peter Die Befugnis des Revisionsgerichts
im Zivilprozess zur Entscheidung
in der Sache selbst, AcP 161 (1962),
177
- Mündlichkeitsprinzip und Prozessbe-
schleunigung im Zivilprozess,
Berlin, 1971
- Zivilprozessrecht, München, 1978
- ARNDT, Adolf Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6
- Die Verfassungsbeschwerde wegen Ver-
letzung des rechtlichen Gehörs, NJW
1959, 1297
- Eröffnungsbeschluss, rechtliches
Gehör und Menschenrechtskonventi-
on, NJW 1960, 1191
- Fragen des rechtlichen Gehörs, NJW
1962, 25
- BATHE, Heinrich Verhandlungsmaxime und Verfahrens-
beschleunigung bei der Vorbereitung
der mündlichen Verhandlung, Berlin,
New York, 1977
- BAUER, Helmut Der Begriff der "Nebenforderung" i.S.
von § 278 III ZPO, NJW 1978, 1238
- BAUMANN, Jürgen/
FEZER, Gerhard Beschleunigung des Zivilprozesses,
Tübingen, 1970
- BAUMBACH, Adolf/
LAUTERBACH, Wolfgang/
ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter Zivilprozessordnung mit Gerichtsver-
fassungsgesetz und anderen Nebenge-
setzen, 37. Aufl., München, 1979
- 33. Auflage, München, 1975
- BAUMGÄRTEL, Gottfried "Das Mündlichkeitsprinzip und die
hierzu bestehenden Reformversuche,
insbesondere das Stuttgarter Modell",
JR 1973, 309
- Besprechung von Rosenberg-Schwab,
Zivilprozessrecht, 12. Aufl., 1977,
NJW 1978, 931
- BAUR, Fritz Der Anspruch auf rechtliches Gehör,
AcP 153 (1954), 393
- Wege zu einer Konzentration der münd-
lichen Verhandlung im Prozess, Ber-
lin, 1966, zitiert: Wege

- Zum sogenannten Freibeweis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien, 1969, 59
- Zivilprozessrecht, 2.Aufl., Frankfurt a.M; 1978
- Besprechung von Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 36.Aufl., 1978, ZP 91 (1978), 329
- BENDER, Rolf Die "Hauptverhandlung" in Zivilsachen, DRiZ 1968, 163
- Beschleunigt die "Beschleunigungsnovelle"!, ZRP 1969, 58
- Das Stuttgarter Modell (unveröffentlichter, hektographierter Aufsatz)
- BENDER, Rolf/BELZ, August/
WAX, Peter Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, München, 1977, zitiert: Das Verfahren
- BERNHARDT, Wolfgang Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin, 1968
- Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozess, Festschrift zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München, Berlin, 1949, 9
- BETTERMANN, Karl August Anmerkung zu BayVerfGH v. 2.2.1962, JZ 1962, 675
- Anfechtung und Kassation, ZP 88 (1975), 363
- BISCHOF, Helmut Streitfragen zur Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 1897
- BLOMEYER, Arwed Zivilprozessrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1963
- BROX, Hans Nebenforderungen und Streitwert, Rpfleger 1967, 351
- BROGGEMANN, Dieter Rechtliches Gehör im Zivilprozess, JR 1969, 361
- DAHS, Hans Rechtliches Gehör im Strafverfahren, Diss. Bonn, 1963

- DANIELS, Jürgen Die Ansprüche des Patienten hinsichtlich der Krankenunterlagen des Arztes, NJW 1976, 345
- DEUBNER, Karl Ober Massnahmen zur Beschleunigung des Zivilprozesses - eine Stellungnahme zu den einschlägigen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung, ZZP 82 (1969), 257
- Gedanken zur Richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht, in Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München, 1976, 79
- Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 921
- Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Anspruch auf rechtliches Gehör, JuS 1977, 583
- ENGISCH, Karl Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963
- ERMAN / Bearbeiter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Band, 6. Aufl., Münster, 1975
- FEZER, Gerhard Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, Tübingen 1970
- FRANZKI, Harald Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle), DRiZ 1977, 161
- FRANZKI, Harald/ FRANZKI, Dietmar Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess, NJW 1975, 2225
- GOTTWALD, Peter Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin, 1975
- GRUNSKY, Wolfgang Anmerkung zu BayObLG v. 2.9.1966, FamRZ 1966, 642
- Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, zitiert: Grundlagen

- Die Straffung des Verfahrens durch die Vereinfachungsnovelle, JZ 1977, 201
- HABSCHEID, Walther Aus der HÖchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit, KTS 1963, 1
- Anmerkung zu BGH Urt. v.6.12.1965, ZZP 79 (1966), 452
- HARTMANN, Peter Die ZPO-Vereinfachungsnovelle, Rpfleger 1977, 1
- Anwaltsprobleme nach der Vereinfachungsnovelle, AnwBl 1977, 90
- Ein Jahr Vereinfachungsnovelle, NJW 1978, 1457
- HAUSER, Hugo Haltlose Vorwürfe (Leserzuschrift) DRiZ 1976, 243
- HENCKEL, Wolfram Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen, 1970
- HINZ, Manfred Nach der Entlastungsnovelle: Was wird aus der Reform des Zivilprozesses?, ZRP 1975, 153
- Verbesserter Schutz vor Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess- eine unnötige Reform?, NJW 1976, 1187
- HIPPEL, Fritz von Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt a.M., 1939
- JAGUSCH, Heinrich Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 1959, 265
- JAUERNIG, Othmar Zivilprozessrecht, 18.Aufl., München, 1977
- KADE, Richter und Rechtsanwälte, DRZ 1917, 64
- KRAMER, Wolfgang Die Säumnis im schriftlichen Verfahren, NJW 1978, 1411
- KUBISCH, Hans-Joachim Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess, NJW 1965, 1315
- KUCHINKE, Kurt Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozess, JuS 1967, 295

- KUHNKE, H.H. Der Beweisbeschluss, DR 1940, 179
- KOLB, Hans-Ulrich Das rechtliche Gehör als verfassungsmässiges Recht, Diss. München, 1963
- LACHNIT, Günter Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zum Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 StPO, Diss.München, 1965
- LARENZ,Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1975
- LAUFS, Adolf Gehör zu Rechtsfragen im Zivilprozess, JR 1967, 180
- Über die Form im Rechtsgang, in Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1973, 3
- Krankenpapiere und Persönlichkeitschutz, NJW 1975, 1433
- LEIBHOLZ/RINCK Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln, 1975
- LENT, Friedrich Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozess, Teilkommentar zu §§ 138, 139 ZPO, Bad Oeynhausen, 1942
- LEONARDY, Helmut Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess, NJW 1965, 2191
- LEPA, Manfred Rechtsgespräch im Zivilprozess, DRiZ 1969, 5
- LERCHE, Peter Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZJP 78 (1965), 1
- LESSER, Felix Anspruch auf rechtliches Gehör, DRiZ 1960, 420
- LEVIN, L. Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei, Berlin, 1913
- LÖWE/ROSENBERG/GOLLWITZER Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2.Band, (§§ 213 - 444), 22. Aufl., Berlin, New York, 1973
- LORENZ, Dieter Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München, 1973

LOBTOW, Ulrich von	Zinsen als Haupt- oder Nebenforderung im Sinne des § 4 ZPO, NJW 1958, 2041
MAUNZ/DORIG/HERZOG	Grundgesetz, 3. Aufl., München 1971 ff.
MAUNZ/SIGLOCH/SCHMIDT- BLEIBTREU/KLEIN	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand Oktober 1976, München 1976
MEYER, Isaak	Jura novit curia, Diss. Zürich, Zürich 1975
MÜHRING, Philipp/ NIRK, Rudolf	Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, 305
MOMMLER, A.	Die Vereinfachungsnovelle zur Zivilprozessordnung, JurBüro 1977, 754
PALANDT/ Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl., München, 1979
PAWLOWSKI, Hans-Martin	Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), 345
PUTZO, Hans	Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 1
--	Die Vereinfachungsnovelle aus praktischer Sicht, AnwBl 1977, 429
RAUSCHE, Jens	Die Bedeutung des Art. 103 Abs. 1 GG für die Stellung des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Tatsacheninstanz, Diss. Hamburg, 1967
RÜHL, Hellmut °	Das rechtliche Gehör, NJW 1964, 273
--	Zwischenbescheide, NJW 1966, 630
ROGGE, Dirk	Der Kommentar, DRiZ 1976, 135
ROSENBERG, Leo	Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Zivilprozesse, ZZP 49 (1925), 38
--	Zu dem Entwurf einer Zivilprozessordnung, ZZP 57 (1933), 185

- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl-Heinz Zivilprozessrecht, 12. Aufl., München, 1977
- SCHIFFER, Gericht und Anwalt im Civilprozess-verfahren, JW 1902, 197
- SCHLOSSER, Peter Gestaltungsklagen und Gestaltungs-urteile, Bielefeld, 1966
- Urteilswirkungen und rechtliches Gehör, JZ 1967, 431
- SCHMIDT, Eike Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt a.M., 1973
- SCHNEIDER, Egon Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), MDR 1968, 721
- Beiträge zum neuen Zivilprozess-recht, MDR 1977, 881 (Teil II); MDR 1977, 969 (Teil III)
- Die Vereinfachungsnovelle zur Zi-vilprozessordnung 1977, MDR 1977, 1
- Buchbesprechung zu Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familien-gericht, NJW 1977, 1441
- Hinweise auf übersehene Gesichtspunkte, Jur Büro 1978, 638
- SCHÜNKE, Adolf/KUCHINKE, Kurt Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Karlsruhe, 1969
- SCHULTZ, Günther Blick in die Zeit, MDR 1959, 174
- SCHWANDER, Vital "iura novit curia" und das Verhält-nis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg (Schweiz), 1968, 199
- SCHWARTZ, Harald Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozessord-nung, Berlin, 1977
- SPOHR, Tilman Die Richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess, Diss. Göttingen, 1969
- SPRUNG, Rainer/ KÖNIG, Bernhard "Jura novit curia" und rechtliches Gehör, Juristische Blätter (Öster-reich) 1976, 1

- STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/ Bearbeiter Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19.Aufl., Tübingen, 1972
- Dritter Band (§§ 511-703 d), 20. Aufl., Tübingen, 1977
- STROHM, Eberhard Zum Verfahren der ZPO nach "Stuttgarter Modell", AnwBl 1969, 421
- TEPLITZKY, Otto Der Beweisantrag im Zivilprozess und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 1968, 71
- THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 10.Aufl., München, 1978
- VOLLKOMMER, Max Anmerkung zu BVerfGE 42, 64, Rpfleger 1976, 393
- WASSERMANN, Rudolf Der soziale Zivilprozess, Neuwied, 1978
- WEINKAUFF, Hermann "Warum und wie Grosse Justizreform", Juristenjahrbuch 1960, 1.Band, 3
- WENZEL, Leonard Der neue Arbeitsgerichtsprozess nach der Vereinfachungsnovelle, Arbeit und Recht 1977, 257
- WIECZOREK, Bernhard Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 1 und 2, 2.Aufl., Berlin, New York, 1976
- WINTERFELD, Achim von Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 1961, 849
- WOLF, Manfred Gerichtliches Verfahrensrecht, Reinbek, 1978
- ZEISS, Walter Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Tübingen, 1978
- 2. Aufl., Tübingen, 1976
- ZETTEL, Günther Der Beibringungsgrundsatz, Berlin, 1977
- ZEUNER, Albrecht Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München, Berlin, 1965, 1013
- Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, Karlsruhe, 1974

Materialien zur Entstehungsgeschichte des § 278 III in zeitlicher Reihenfolge

1. Sten.Protokolle einer öffentlichen Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung (Drucks. VI/790) vor dem Rechtsausschuss des 6. Deutschen Bundestages am 3. und 4. März 1971; Protokoll Nr. 39 und 40; (zitiert: Hearing)
2. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 4. September 1973; (zitiert: RefE 1973)
3. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 5. November 1974; Bundestagsdrucksache 7/2729
4. Sten.Protokolle der 71. Sitzung vom 18. September 1975 und der 91. Sitzung vom 10. März 1976 des Rechtsausschusses des 7. Deutschen Bundestages
5. Bericht und Antrag des Rechtsausschusses vom 21. Mai 1976 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle); Bundestagsdrucksache 7/5250
6. Sten.Protokolle der 247. Sitzung des 7. Deutschen Bundestages am 3. Juni 1976
7. Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrates an den Bundesrat vom 9. Juni 1976; Bundesratsdrucksache 386/1/76
8. Antrag des Freistaates Bayern an den Bundesrat vom 23. Juni 1976; Bundesratsdrucksache 386/3/76
9. Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat vom 25. Juni 1976; Bundesratsdrucksache 386/76 = Bundestagsdrucksache 7/5499
10. Antrag des Vermittlungsausschusses an den Bundestag vom 7. Juli 1976; Bundestagsdrucksache 7/5565
11. Sten.Protokolle der 258. Sitzung des 7. Deutschen Bundestages am 10. November 1976

E I N L E I T U N G

Am 3. Juni 1976 wurde vom 7. Deutschen Bundestag das "Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren"¹ (Vereinfachungsnovelle) verabschiedet. Den massgeblichen Grund für das verzögerte Inkrafttreten des Gesetzes² erst am 1. Juli 1977 lieferte § 278 III ZPO*, der - vom Rechtsausschuss³ dem Gesetzentwurf hinzugefügt - erst im Vermittlungsausschuss⁴ seine konkrete Fassung erhielt. Er lautet:

"Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Ausserung dazu gegeben hat."

Der Deutsche Richterbund⁵ sprach sich "entschieden" gegen die gesetzliche Verankerung einer rechtlichen Hinweispflicht mit der Begründung aus, "der geltende § 139 trage dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs in ausreichendem Masse Rechnung. Die (vom Rechtsausschuss) vorgeschlagene Änderung gefährde die beschleunigte Erledigung des Verfahrens". Demgegenüber missbilligte der ZPO-Ausschuss des Deutschen Anwaltsvereins⁶ die vom Bundesrat vorgelegte - den Entwurf des Rechtsausschusses einschränkende - Gesetzesfassung.

Es liegt nun nahe, die während des Gesetzgebungsverfahrens stattgefundenen Auseinandersetzungen um das Für und Wider der gesetzlichen Verankerung einer richterlichen Pflicht zu rechtlichen Hinweisen mit einem Interessengegensatz zwischen Richterbund und Anwaltschaft zu erklären. Dieser Interessengegensatz erscheint verständlich,

* Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche der ZPO

1) BT-Drucks. 7/2729

2) BGBl 1976 I, 3281

3) BT-Drucks. 7/5250, S.35

4) BT-Drucks. 7/5565

5) Beschluss der Bundesvertreterversammlung des Deutschen Richterbundes vom 4. und 5. Mai 1976 in Berlin; DRiZ 1976, 189

6) AnwBl 1976, 284

wenn man sich dem Argument anschliesst, die verstärkte rechtliche Aufklärungspflicht komme nur den Anwälten zugute, da sie eine Entwicklung fördert, "in der der Richter letzten Endes nur noch laut denken darf und immer mehr die Fehler auszubügeln hat, die ^{im} Prozessvortrag gemacht werden"⁷.

So ist bei dieser Argumentation auch der Vorwurf konsequent, die vom Rechtsausschuss vorgenommene Einfügung des § 278 III in die Vereinfachungsnovelle sei auf "Vorschläge einer Standesorganisation der Rechtsanwälte zurückzuführen"⁸. Der Abgeordnete Hauser, Berichterstatter für die Vereinfachungsnovelle im Rechtsausschuss, nannte diesen Vorwurf im Bundestag eine "völlig aus der Luft gegriffene unrichtige Behauptung"⁹. Er wies darauf hin, dass § 278 III innerhalb einer dreiköpfigen Arbeitsgruppe, die sich aus Mitgliedern des Rechtsausschusses zusammensetzte, zum erstenmal erörtert wurde. Vorschläge einer Standesorganisation der Rechtsanwälte hätten nicht vorgelegen. Zwei Mitglieder der Arbeitsgruppe seien Richter, nur einer Anwalt gewesen¹⁰.

Wenn man berücksichtigt, dass § 278 III nur die Gedanken aufgreift, die bereits für § 139 IV des Referentenentwurfes 1973 massgeblich gewesen waren und dass gerade Vertreter der Richterschaft sich für eine umfassende rechtliche Hinweispflicht des Gerichts ausgesprochen haben¹¹, erscheint der Vorwurf in der Tat wenig begründet.

7) so Rogge DRiZ 1976, 135

8) Rogge, aaO

9) Sten.Prot. der 247. Sitzung des 7. Deutschen Bundestages, S. 17611

10) DRiZ 1976, 243

11) Bender vor dem Hearing des Rechtsausschusses 39/25; Braxmaier ebendort 40/23; Deubner ZJP 82, 275 und in FS Schiedermaier S.89; Schneider MDR 68, 726

Der massgebliche Anstoss für die gesetzliche Verankerung des § 278 III ging denn auch von Rolf Bender, dem "Vater" des Stuttgarter Modells aus, der im Hearing vor dem Rechtsausschuss Überraschungsurteile als "Krebschaden unserer Justiz"¹² bezeichnete und deren gesetzlich normiertes Verbot forderte.

Diese Forderung wurde von der privaten Arbeitsgruppe des Rechtsausschusses - ausdrücklich¹³ - aufgegriffen und hat in dem Formulierungsvorschlag des § 278 III ihren Niederschlag gefunden, der einstimmig vom Rechtsausschuss angenommen wurde.

Entscheidender als "standesbedingte Interessen" war für die Auseinandersetzung vielmehr die Grundfrage, ob die gesetzliche Normierung einer rechtlichen Hinweispflicht überhaupt erforderlich sei. Der Streit um diese Frage spiegelt die Unsicherheit wieder, welche die Diskussion in Wissenschaft und Rechtsprechung über eine richterliche Verpflichtung zu rechtlichen Hinweisen beherrscht.

Schon vor Inkrafttreten des § 278 III war in der höchst-richterlichen Rechtsprechung und in der Literatur i m E r g e b n i s nicht bestritten, dass die Parteien von rechtlichen Erwägungen des Gerichts, die in der mündlichen Verhandlung unerörtert geblieben waren, nicht überrascht werden dürften.

"Überrumpelung einer Partei mit einer von keiner Partei gesehenen Würdigung von Tatsachen und demgemäss einer völlig anderen und nicht vorauszusehenden rechtlichen Beurteilung ist des Gerichts unwürdig und schaltet nur zu oft das bessere Wissen der Parteien um dann noch erhebliche Tatsachen aus, bezüglich deren das Gericht sein Fragerecht hätte ausüben müssen."¹⁴

12) Bender, Hearing, aaO

13) vgl. den Abg. Hauser in der 91. Sitzung des Rechtsausschusses, Sten. Prot. 91/17

14) Baumbach-Hartmann, ZPO, 33. Aufl., § 139 Anm. 2 E

Umstritten blieb jedoch, ob das Überraschungsverbot aus prozessrechtlichen (§ 139)¹⁵ oder verfassungsrechtlichen (Art 103 GG)¹⁶ Grundsätzen herzuleiten ist oder nur ein nobile officium darstellt, das sich zwar nicht direkt aus dem Gesetz ergibt, wohl aber in den Bereich der richterlichen Anstandspflichten gehört¹⁷.

Neben dem Streitpunkt über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Verankerung des § 278 III entzündete sich die Auseinandersetzung vornehmlich an den beiden Fragen, welchen Umfang die Hinweispflicht haben soll und ^{wie} sie sich auf die rechtspolitische Zielsetzung des Gesetzgebers auswirkt, das Verfahren zu beschleunigen¹⁸.

Der Schwerpunkt der Arbeit befasst sich mit der Auslegung von § 278 III. Dabei sollen neben der Bezugnahme auf verwandte, den Zivilprozess beherrschende Verfahrensgrundsätze (Art. 103 GG, § 139) vornehmlich die rechtspolitischen Zielsetzungen des Gesetzgebers Berücksichtigung finden und auf ihre verfahrensmässige Realisierung untersucht werden. Auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes wird bei den einzelnen Problemfragen genauer eingegangen werden.

15) vgl. die Nachweise unter X 2

16) vgl. die Nachweise unter XI 2, 3

17) so Röhl NJW 1966, 630

18) vgl. dazu genauer unter XVII

I. Problemstellung

1. Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkten

Zunächst soll anhand von Beispielen dargestellt werden, was unter "Überraschungsentscheidungen" zu verstehen ist. Wie in der Einleitung bereits angedeutet, geht es allein um die Frage, ob das Gericht bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter die Rechtsnorm, d.h. bei der rechtlichen Aufbereitung des Tatsachenstoffs, der Entscheidung *r e c h t l i c h e* Gesichtspunkte zugrundelegen darf, auf die es die Parteien nicht hingewiesen hat.

Nicht diskutiert werden die Fälle, in denen das Gericht *T a t s a c h e n* seiner Entscheidung zugrundelegt, zu denen sich die Parteien nicht haben äussern können.

1. Beispiel:

Verkäufer V klagt gegen Käufer K einen Kaufpreisanspruch für ein Auto ein. Der Beklagte K beruft sich auf die Einrede der Wandelung, da der Wagen in einen Unfall verwickelt gewesen sei und bietet gleichzeitig dessen Rückgabe an.

V bestreitet die Unfalleigenschaft nicht, macht jedoch geltend, dem K sei der Unfall bei Vertragsabschluss bekannt gewesen. Das ergebe sich schon daraus, dass der Kaufpreis weit unter dem normalen Zeitwert des Wagens gelegen habe.

Das Gericht hört zu der streitigen Frage der Kenntnis des K von der Unfalleigenschaft mehrere Zeugen.

Im Urteil gibt es der Klage des V statt. Wie sich aus den Urteilsgründen ergibt, hält es eine Kenntnis des K vom Unfall nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme nicht für erwiesen. Wohl aber sei dem K aufgrund grober Fahrlässigkeit die Unfalleigenschaft verborgen geblieben. Selbst eine nur oberflächliche Untersuchung des Wagens hätte die Unfallfolgen für K ohne weiteres zutage treten lassen. Die Wandelung sei deshalb nach § 460 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

Zwar ist die die Sachmängelhaftung des V ausschliessende Bestimmung des § 460 Satz 2 BGB ein in dem Verfahren nicht angesprochener rechtlicher Gesichtspunkt. Der Fall liegt jedoch so, dass das Gericht erst aufgrund nicht angesprochener T a t s a c h e n (der Umstände, aus denen es die grobe Fahrlässigkeit des K herleitet) zu der überraschenden Rechtsansicht gelangt. Es liegt ein Verstoss gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs vor, denn dem Beklagten K wurde keine Gelegenheit eingeräumt, zu den Tatsachen, die seine grobe Fahrlässigkeit begründen, Stellung zu nehmen.

Der hier zu untersuchende Problemkreis betrifft dagegen nicht die gerichtliche Verwertung von Tatsachen, zu denen sich die Parteien nicht haben äussern können. Es geht vielmehr um die Frage, ob das Gericht d e n v o n d e n P a r t e i e n v o r g e t r a g e n e n S a c h v e r h a l t unter anderen als den mit den Parteien besprochenen rechtlichen Gesichtspunkten würdigen darf.

2. Das Überraschungsurteil als Folge des Grundsatzes "iura novit curia"

Dass diese Frage Literatur und Rechtsprechung immer wieder beschäftigte und letztlich den Gesetzgeber zu einer ausdrücklichen Stellungnahme veranlasste, lässt sich nicht aus einem besonderen, allein dem Zivilprozess immanenten Verfahrensgrundsatz erklären.

Mit der die ZPO beherrschenden Verhandlungsmaxime steht sie in keinem untrennbaren Zusammenhang.
Der Verhandlungsgrund- ...

satz¹ besagt lediglich, dass nur derjenige Tatsachenstoff vom Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden darf, der von den Parteien in das Verfahren eingeführt worden ist. In Bezug auf den Tatsachenvortrag sind die Parteien die "Herren des Verfahrens".

Eine überraschende Bezugnahme des Gerichts auf nicht erörterte rechtliche Gesichtspunkte kann jedoch auch in Verfahren erfolgen, die nicht vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind². Entscheidende Vorbedingung ist allein der Grundsatz "iura novit curia", wonach die Rechtsfindung in den alleinigen Aufgabenbereich des Gerichts fällt. Das Gericht kann aus dem zur Entscheidung stehenden Sachverhalt "rechtliche Schlüsse ziehen, die keine der Parteien gezogen hat"³.

2. Beispiel⁴:

"Klagt der Fahrgast einer Strassenbahn, der bei einem Verkehrsunfall verletzt ist, auf Schadensersatz, dann hat das Gericht die Entschädigungsforderung aus dem Gesichtspunkt der Haftpflicht, der unerlaubten Handlung und der Vertragshaftung zu würdigen. Auf welche rechtliche Gesichtspunkte der Kläger sein Klagebegehren gestützt hat, ist gleichgültig, da die Parteien zu Rechtsausführungen überhaupt nicht verpflichtet sind. Deshalb kann das Gericht eine Klage, die auf ungerechtfertigte Bereicherung oder Delikt gestützt ist, aus dem Gesichtspunkt eines Vertragsverhältnisses zusprechen und umgekehrt".

Als Folge der alleinigen Zuständigkeit des Gerichts bei der Rechtsfindung kann es sich ergeben, dass die Parteien erst mit Verkündung der Entscheidung die massgeblichen rechtlichen Erwägungen des Gerichts erfahren. Aus den Urteilsgründen müssen sie zur Kenntnis nehmen, dass vom Gericht andere rechtliche Überlegungen als

1) vgl.dazu ausführlich Zettel, S. 30 ff.

2) zum Beispiel im Strafprozess, zu § 265 StPO vgl. unter II

3) Bernhardt in Festschrift für Rosenberg, S. 18

4) nach Bernhardt ZPO, § 23 I

diejenigen für entscheidungserheblich erachtet wurden, die in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gekommen sind.

3. Beispielsfälle

3. Beispiel⁵:

Der Wirtschaftsberater G vereinbart mit H, dessen Schulden zu regulieren. Der Vertrag ist, was G und H nicht wissen, nach dem Gesetz zur Verhinderung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung vom 13.12.1935 nichtig. G erreicht bei den Gläubigern des H erhebliche Schuld nachlässe.

Er klagt nun auf Ersatz der von ihm getätigten Aufwendungen. Im Prozess werden nur Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB) erörtert. Das Gericht gibt der Klage jedoch aus § 812 I BGB (Leistungskondition) statt.

4. Beispiel⁶:

Der Inhaber (I) eines Speditionsunternehmens benötigt dringend einen Lkw für weitere Geschäftsfahrten. Sein Freund (F) zeigt sich kulanterweise bereit, ihm für den Zeitraum einer Woche einen Lkw zu überlassen. Ein Angestellter des F wählte einen Lkw aus, übersah jedoch, dass dieser einen schweren Achsenscha den hatte, von dessen Existenz er wusste. Aufgrund des Achsenscha dens wurde I bei der nächsten Fahrt in einen Unfall verwickelt und schwer verletzt. I klagt gegen F auf Ersatz der Heilungskosten.

Im Verfahren kommen nur deliktische Ansprüche (§ 831 BGB) zur Sprache. Im Urteil gibt das Gericht der Klage statt. Aus den Gründen geht hervor, dass es einen Anspruch aus § 831 BGB wegen dargetaner Exkulpation des F verneint, der Klage jedoch wegen Verletzung eines rechtsgeschäftlichen Gefälligkeitsverhältnisses i.V.m. § 278 BGB stattgibt. Dieses Rechtsverhältnis war in der mündlichen Verhandlung nicht angesprochen worden.

5) Sachverhalt nach BGHZ 37, 258

6) angelehnt an BGHZ 21, 102 ff

5. Beispiel:

Der Erblasser E hat ein Testament errichtet, in dem er seinen Enkel L, den Sohn seiner Tochter T, als alleinigen Erben eingesetzt hat. Die Tochter T klagt auf Feststellung, dass ihr Sohn L nicht Erbe geworden sei. Sie beruft sich darauf, dass ihr Vater nach § 2229 IV BGB wegen tiefgreifender Geistesstörung nicht in der Lage gewesen sei, die rechtliche Bedeutung seines Tuns zu verstehen. Das Gericht weist die Klage als unbegründet ab, da die Tochter ihrer Beweispflicht für die mangelnde Testierfähigkeit des Erblassers nicht nachgekommen sei⁷. Auf die sie betreffende Beweispflicht wurde die Klägerin vom Gericht nicht hingewiesen.

6. Beispiel⁸:

Nach einer Operation in der Bauchhöhle eines Patienten wurde eine 16 cm lange Arterienklemme zurückgelassen. Patient (P) klagt gegen den Arzt auf Schadensersatz.

Das Gericht gibt der Klage statt. Für ein Verschulden des operierenden Arztes spreche der erste Anschein. Er habe den gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis nicht ausgeräumt. Das Gericht hat den Arzt nicht darauf hingewiesen, dass für sein Verschulden die allgemeine Lebenserfahrung spreche.

7. Beispiel⁹:

K klagt gegen W, Inhaber eines Hotels, auf Ersatz der Heilungskosten, da er im Hotelzimmer wegen eines abgebrochenen Porzellangriffes am Hebel der Dusche sich Sturzverletzungen zugezogen hat.

Im Prozess kommt nur § 538 BGB als mögliche Anspruchsgrundlage zur Sprache. Das Gericht weist die Klage ab. In Abweichung seiner bisherigen Rechtsprechung führt es aus, der geltend gemachte Schadensposten falle nicht unter § 538 BGB. Ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung und Delikt könne nicht zugesprochen werden, da der Kläger ein Verschulden des W nicht nachgewiesen habe.

Die Beispiele 3 - 7 verdeutlichen, dass eine Partei mit rechtlichen Gesichtspunkten unterschiedlicher Art überrascht werden kann.

7) vgl. BGH FamRZ 1958, 127

8) nach BGH LM Nr. 15 zu § 286 ZPO

9) nach BGH NJW 1963, 1449

In Beispiel 3 legt das Gericht seiner Entscheidung eine gesetzliche Anspruchsgrundlage zugrunde, die in der mündlichen Verhandlung nicht angesprochen worden ist und zu der die Parteien nicht gehört worden sind. In Beispiel 4 stützt das Gericht seine Entscheidung auf eine von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur, das rechtsgeschäftliche Gefälligkeitsverhältnis. Die überraschende Anwendung der materiell-rechtlichen Beweislastregeln in Beispiel 5 und die nicht vorhergesehene Beweiswürdigung aufgrund der Verschuldensvermutung des Anscheinsbeweises in Beispiel 6 führen zu dem klageabweisenden bzw. klagestattgebenden Urteil. In Beispiel 7 wird der Kläger durch eine Änderung der Rechtsprechung überrascht.

Gemeinsam ist allen Beispielen, dass die aufgrund der nicht vorhergesehenen Rechtsansicht des Gerichts unterlegene Partei sich "überfahren" fühlt. Sie wird im Berufungsverfahren versuchen, "ihr Recht" zu bekommen und geltend machen, dass sie wegen der ihr nicht bekannten Rechtsansicht des Gerichts es unterlassen habe, entscheidungserhebliches **t a t s ä c h l i c h e s** Vorbringen in den Prozess einzuführen.

II. Die Hinweispflicht auf veränderte rechtliche Gesichtspunkte im Strafprozess im Vergleich zu § 278 III

1. Die Notwendigkeit eines Schutzes vor Überraschungsentscheidungen im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz.

Es wurde bereits angedeutet, dass die Gefahr einer überraschenden rechtlichen Würdigung des zur Entscheidung stehenden Sachverhaltes durch das Gericht sich nicht auf den Zivilprozess beschränkt. Sie ist bedingt durch den Grundsatz "*iura novit curia*"¹. Danach ist nur der Richter bei der Subsumtion des Sachverhaltes zur Bestimmung der entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte befugt und an Rechtsaufführungen der Parteien nicht gebunden². Die Rechtsfindung gehört sowohl im Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz, als auch im Verfahren, das vom Untersuchungsgrundsatz gekennzeichnet ist, zum alleinigen Aufgabenbereich des Gerichts. Deshalb ist die Frage, ob die Parteien oder das Gericht für das Vorbringen des Sachverhaltes die Verantwortung tragen, ohne Bedeutung dafür, dass ein Überraschungsurteil zustande kommen kann. Die Verantwortlichkeit der Parteien für das Tatsachenvorbringen nimmt auf den Grundsatz "*iura novit curia*" nur insoweit Einfluss, als das Gericht bei der Rechtsfindung allein das Vorbringen der Parteien berücksichtigen darf. Innerhalb dieser Grenzen hat das Gericht den Streitstoff jedoch unter jedem möglichen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen (*da mihi facta, dabo tibi ius*). Die Gefahr eines Überraschungsurteils besteht somit in beiden Verfahrensarten.

1) allgemein dazu Meier, S. 23 ff.

2) vgl. nur Rosenberg-Schwab, § 134 II 4;
Blomeyer, § 18 II

Die vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Strafprozessordnung (§ 244 II StPO) hat eine Hinweispflicht des Gerichts bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes in § 265 StPO ausdrücklich angeordnet. Danach darf der Angeklagte aufgrund eines im Eröffnungsbeschluss nicht bezeichneten Strafgesetzes nur verurteilt werden, wenn er vorher darauf hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung eingeräumt worden ist. Die Vorschrift bezweckt, den Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen zu schützen und ihm die Möglichkeit zu geben, sich gegen den neuen Schuldvorwurf zu verteidigen³.

2. Der gemeinsame Grundgedanke von § 265 StPO und § 278 III

Schon das Reichsgericht⁴ hat wiederholt den Zusammenhang zwischen § 265 (264 a.F.) StPO und einer möglichen Verpflichtung des Zivilgerichtes, die Parteien auf einen übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, betont. Eine derartige Pflicht wurde aber in diesen Entscheidungen, die vor Novellierung des § 139 im Jahre 1924 ergangen sind, mit dem Argument verneint, die ZPO kenne keine entsprechende Vorschrift wie der Strafprozess.

Eine analoge Anwendung des § 265 (264 a.F.) StPO sei ausgeschlossen, da im Zivilprozess "von den Parteien die Gesetze, auf welche sie ihre Anträge gründen, nicht anzugeben⁵" sind. Im Gegensatz dazu hat der BGH⁶ im Urteil vom 27.6.1963 zu § 139 ausgeführt, das Gericht müsse die Parteien "ähnlich wie ihm dies für den Strafprozess im § 265 StPO vorgeschrieben ist, auf die 'Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes' hinweisen".

3) RGSt 76, 85; BGHSt 2, 371 (373); 11,91; 13,323; Dahs S.113; Lachnit S. 30

4) RGJW 1901, 838 Nr.14; RGJW 1915, 711

5) RGJW 1901, 838 Nr.14

6) BGH VersR 1963, 1149; zum Sachverhalt des Urteils vgl. S. 101

Diesen Vergleich auf das neue Recht weiterführend, wird in der Literatur zu § 278 III die Parallele zwischen dieser Vorschrift und § 265 StPO ausdrücklich hervorgehoben. Franzki⁷ sieht in § 278 III eine Übernahme des Rechtsgedankens des § 265 StPO, Grunsky⁸ seine Nachbildung, Putzo⁹ weist auf die "Ähnlichkeit" zwischen beiden Vorschriften hin.

Den Autoren ist insoweit zuzustimmen, als die den beiden Normen gemeinsame Garantie eines Schutzes vor Überraschungsentscheidungen betont wird. Dieser Schutz ist für beide Vorschriften auch kein Selbstzweck. Sie stimmen in der Grundüberlegung überein, dass ein unterbliebener rechtlicher Hinweis des Gerichts eine Beeinträchtigung der Sachverhaltsaufklärung nach sich ziehen kann.

§ 265 StPO trägt dieser Gefahr Rechnung, indem er durch die Hinweispflicht eine vollständige Sachverhaltsaufklärung sicherstellen will¹⁰. Ebenso bezweckt § 278 III für den Zivilprozess eine vollständige Behandlung des gesamten Streitstoffes¹¹. Beide Vorschriften stehen somit im Dienst der Sachaufklärung.

3. Unterschiede

Aufgrund der entgegengesetzten Verfahrensgrundsätze im Bereich der Stoffsammlung und des unterschiedlichen Verfahrensaufbaues von Zivil- und Strafprozessordnung bestehen zwischen § 278 III und § 265 StPO bei Verfolgung ihrer gemeinsamen Zielsetzung der vollständigen Sachverhaltsaufklärung zwei wichtige Unterschiede:

7) DRiZ 1977, 164

8) JZ 1977, 204

9) NJW 1977, 3; Thomas-Putzo § 278 Anm.3 vor a; ebenso Arens, Zivilprozessrecht, RZ 37 und 196

10) Löwe-Rosenberg Anm.1 zu § 265 StPO; Lachnit S. 36; Rausche S. 139

11) BR-Drucks. 7/5250 S. 8 und ausführlich dazu unter X 3

Der erste hängt damit zusammen, dass die durch einen unterbliebenen rechtlichen Hinweis mögliche Gefährdung der Vollständigkeit des entscheidungserheblichen Sachverhalts je nachdem, ob das Verfahren vom Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz beherrscht wird, auf unterschiedliche Ursachen zurückzuführen ist.

Im Strafprozess obliegt allein dem Gericht die Sachverhaltsaufklärung (§ 244 II StPO). Das legt die Überlegung nahe, im Unterlassen eines rechtlichen Hinweises keine Gefahr einer Beeinträchtigung der Sachaufklärung zu erblicken. Diese Überlegung lässt indessen unberücksichtigt, dass die Sachaufklärung im Strafprozess gerade deshalb unvollständig bleiben kann, weil die Verteidigung des Angeklagten wegen Verkennung der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte der ihm zur Last gelegten Tat in die falsche Richtung läuft. Da auch der Angeklagte Tatsachen vorbringen kann, vermag eine Beeinträchtigung seiner Verteidigung eine ungenügende Sachverhaltsaufklärung nach sich zu ziehen¹². § 265 StPO kommt hier die Funktion zu, dem Angeklagten durch die rechtlichen Hinweise eine angemessene Verteidigung zu gewährleisten¹³ und wirkt so im weiteren Sinne auf eine vollständige Sachaufklärung hin.

Im Gegensatz dazu kann § 278 III keine "angemessene Verteidigung der Parteien" bezwecken. Die Vorschrift will vielmehr im Bereich der Verhandlungsmaxime die Parteien in ihrem Bestreben nach einem möglichst vollständigen Tatsachenvortrag unterstützen, indem sie -was noch ausführlich dargelegt wird¹⁴- der Abhängigkeit zwischen rechtlicher Würdigung und entscheidungserheblichem Tatsachenstoff Rechnung trägt.

12) Löwe-Rosenberg Anm.1 zu § 265 StPO

13) vgl. FN 3 unter II 1

14) vgl. unter X 3

Denn obliegt der Partei und nicht dem Gericht die Verantwortung für das Vorbringen des Tatsachenstoffes, kann entscheidungserhebliches Tatsachenvorbringen gerade deshalb unterbleiben, weil die beibringungspflichtige Partei die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte verkannt hat.

Der Unterschied zwischen beiden Vorschriften wird somit erst an dem Punkt deutlich, wo aufgrund der entgegengesetzten Verfahrensgrundsätze im Bereich der Sachverhaltsermittlung die rechtlichen Hinweise unterschiedliche Zweckbestimmungen zur Sicherstellung ihres gemeinsamen Ziels einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung verfolgen müssen.

Der zweite Unterschied zu § 278 III ergibt sich aus der Teilung des Strafprozesses in ein Zwischen- und ein Hauptverfahren.

Der Rahmen für die rechtliche Erörterung des Sachverhaltes im Hauptverfahren wird bereits vor dessen Beginn durch den Eröffnungsbeschluss (§ 207 StPO) abgesteckt¹⁵. Der Angeklagte kennt durch ihn bereits vor Beginn der Hauptverhandlung die ihm zur Last gelegte Tat in ihrer vorläufigen rechtlichen Würdigung. Aufgrund der Vorbereitungsfunktion des Eröffnungsbeschlusses für die Verteidigung braucht der Angeklagte seine Verteidigung auch nur auf die im Eröffnungsbeschluss genannten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte einzurichten¹⁶. Das führt wiederum zu der Notwendigkeit, den Eröffnungsbeschluss zu ändern, wenn das Gericht den Schuldvorwurf auf einen dort nicht aufgeführten rechtlichen Gesichtspunkt stützen will. Die Änderung wird durch den rechtlichen Hinweis an den Angeklagten vollzogen.

15) BGHST 15, 42; 16,48; Rausche S. 41, 137

16) RGST 25, 340; Lachnit S.12, 29; Dahs S. 115

Die Vorschrift des § 265 StPO steht deshalb in engem Zusammenhang mit dem Eröffnungsbeschluss, weil ihr die Funktion einer Umgestaltung desselben zukommt¹⁷⁾.

Führt man sich diesen Zusammenhang vor Augen, ist es verständlich, dass § 265 StPO einen Hinweis nur bei **V e r ä n d e r u n g** eines rechtlichen Gesichtspunktes (zum Inhalt des Eröffnungsbeschlusses) verlangt. Demgegenüber fehlt im Zivilprozess für die Hinweispflicht nach § 278 III ein dem Eröffnungsbeschluss vergleichbarer Anknüpfungspunkt. Dem Zivilprozess ist eine rechtliche Vorqualifizierung des zur Entscheidung stehenden Sachverhaltes fremd. Die Parteien können folglich auch nicht durch ein hiervon erfolgtes plötzliches Abweichen überrascht werden. Diesen wesentlichen Verfahrensunterschied berücksichtigend, stellt § 278 III nicht auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes, sondern auf ein blosses "Übersehen" oder "für unerheblich" Halten desselben ab.

17) BGST 16, 49

III. Die Praxis der Hinweistätigkeit im Stuttgarter Modell

Die rechtliche Aufklärung der Parteien als Aufgabe der richterlichen Prozessleitung wurde schon vor Inkrafttreten der Vereinfachungsnovelle von einzelnen Zivilkammern praktiziert. Verlässliche Unterlagen darüber gibt es jedoch nur im Zusammenhang mit Modellversuchen, bei denen die rechtliche Hinweistätigkeit lediglich einen Teilaspekt von unterschiedlichsten prozessualen Neuerungen ausmacht, die das gesamte Erkenntnisverfahren umfassen. Ausgeklammert von der nachfolgenden Erörterung muss daher die von den Gerichten innerhalb des herkömmlichen Zivilprozesses geübte Hinweispraxis im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht des § 139 bleiben. Die richterliche Praxis war hier abhängig vom Normverständnis des § 139. Die Frage, ob § 139 zu Rechtshinweisen verpflichtet, wird bei der Analyse der Rechtsprechung zu § 139 genauer behandelt werden¹.

Bestandteil eines Modellversuches war die rechtliche Hinweispraxis im Rahmen des Stuttgarter Verfahrens. Mit ihm versuchte die 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart seit dem 1.1.1967 auf der Grundlage des damals geltenden Rechts, aber mit neuen Mitteln, das prozessuale Erkenntnisverfahren zu straffen und zu beschleunigen. Es beruht auf theoretischen Vorarbeiten von Weinkauff² und Baur³, denen die Grundkonzeption gemeinsam war, durch ein der Sachverhaltsaufklärung dienendes Vorverfahren auf eine optimale Ausnützung und damit auf eine Konzentration der mündlichen Verhandlung hinzuwirken. Dieses Modell ist für die nachfolgende Behandlung des § 278 III nicht nur wichtig, weil

1) vgl. dazu unter X 2

2) Weinkauff, Juristenjahrbuch 1960, Bd.1, 3 (23 ff)

3) Baur, Wege S. 13 ff; vgl. dazu auch Arens, Mündlichkeitsprinzip, S. 30 ff.

es eine Möglichkeit praktischer Handhabung der Hinweis-
tätigkeit aufzeigt, sondern vor allem wegen seines
nicht zu unterschätzenden Einflusses auf die Entste-
hung der Vereinfachungsnovelle.

Die nachfolgende Darstellung des Stuttgarter Verfah-
rens beschränkt sich auf den Teilausschnitt der dort
geübten Hinweispraxis⁴.

Die Parteien wurden in drei aufeinanderfolgenden Ver-
fahrensstadien mit der jeweiligen Rechtsansicht des
Gerichts konfrontiert:

1. Nach Abschluss des schriftlichen Vorverfahrens
(Klage, Klageerwiderung, Replik) fand eine Vor-
beratung in der Kammer statt. Mit der Terminsver-
fügung wurde den Parteien und ihren Anwälten das
Ergebnis der Vorberatung bekanntgegeben⁵, zusammen
mit Hinweisen, "was die Kammer von der Sache hält,
insbesondere, soweit die Rechtsfragen von den An-
wälden noch nicht angeschnitten worden sind"⁶.
2. Nach der sich in der "Hauptverhandlung" an die Par-
teianhörung anschliessenden ersten Zwischenberatung
des Gerichts wurde den Prozessbeteiligten ein Vor-
schlag zur Prozessbeendigung unterbreitet, der sowohl
einen Vergleich, als auch die Aufforderung, die Kla-
ge zurückzunehmen oder anzuerkennen, enthalten konn-
te. Dieser Vorschlag wurde rechtlich eingehend be-
gründet⁷.

4) Allgemein zum Stuttgarter Modell: Bender DRiZ 1968,
163; ZRP 1969, 58; Strohm AnwBl. 1969, 421; Baum-
gärtel JR 1973, 309; Fezer S. 144 ff.; Arens, Münd-
lichkeitsprinzip S. 33 ff.

5) Strohm AnwBl. 1969, 424; Bender, Das Stuttgarter
Modell, S. 29

6) Bender vor dem ö. Hearing des Rechtsausschusses
39/21; Das Stuttgarter Modell, S. 5

7) Bender, Belz, Wax RZ 107; Bender vor dem ö. Hearing
des Rechtsausschusses 39/22

3. Nach Abschluss der Beweisaufnahme und dazu erfolgter Stellungnahme der Parteien fand eine zweite Zwischenberatung des Gerichts statt. Es wurde ein ausführlich begründeter Entscheidungsvorschlag erarbeitet, der den Parteien bekanntgegeben wurde und "schon nahezu den Charakter einer Begründung des beabsichtigten Urteils annahm"⁸. Grundsätzlich war das Gericht jedoch auch noch zu diesem Zeitpunkt offen für Gegenargumente, die die Parteien in einer "kleinen Berufung"⁹ der rechtlichen Würdigung des Gerichts entgegenhielten.

Gericht und Parteien standen somit in einem ständigen Diskurs über die entscheidungserheblichen Rechtsfragen. Die Rechtshinweise des Gerichts begleiteten das gesamte Verfahren und nahmen, je fortgeschrittener das Verfahrensstadium war, konkretere Formen an. Beschränkte sich das Gericht nach Abschluss der Vorberatung vornehmlich auf Rechtshinweise zu Gesichtspunkten, die von den Parteien nicht angesprochen, vom Gericht aber für erheblich gehalten wurden, enthielt der nach der zweiten Zwischenberatung vorgelegte Entscheidungsvorschlag schon eine zusammenfassende Würdigung aller Tat- und Rechtsfragen, in der Parteianhörung und Beweisaufnahme bereits Verwertung gefunden hatten. Durch die nach Abschluss des Vorverfahrens gegebenen rechtlichen Hinweise wurde das Gericht gezwungen, den Fall frühzeitig rechtlich zu durchdenken¹⁰, während den Parteien die Möglichkeit eingeräumt wurde, entweder schon vor dem Haupttermin, spätestens aber zu Beginn der Parteianhörung ihre abweichende Rechtsauffassung darzulegen und Tatsachen vorzubringen, die für die Rechtsauffassung des Gerichts relevant werden könnten. Die den gesamten

8) Bender vor dem ö.Hearing des Rechtsausschusses 39/23; Das Stuttgarter Modell, S. 43

9) Bender, aaO

10) Bender, Belz, Wax RZ 38; Das Stuttgarter Modell, S. 29

Verfahrensablauf durchziehende Rechtserörterung führte damit zu einem gegenseitigen Wechselspiel, bei dem die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel an der Rechtsauffassung des Gerichts ausrichteten, und das Gericht diese wiederum für die Rechtsfindung verwerten konnte.

Nach einer Erhebung des Bundesministeriums der Justiz aus dem Jahre 1973¹¹ praktizierten zu diesem Zeitpunkt 50 Zivilkammern das Stuttgarter Modell. Die gesammelten Erfahrungen wurden vom damaligen Vorsitzenden der Reformkammer am Landgericht Stuttgart, Rolf Bender, in einem Gesetzentwurf, der sogenannten Stuttgarter Novelle, verwertet¹².

Der Referentenentwurf 1973 sah vor, den im Stuttgarter Verfahren praktizierten rechtlichen Diskurs zwischen Gericht und Parteien gesetzlich festzulegen. § 139 IV¹³ des Referentenentwurfs hatte den Wortlaut:

"(4) Die Entscheidung darf nur auf solche tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, die in der mündlichen Verhandlung angesprochen worden sind."

Damit sollte im Ergebnis der Stuttgarter Praxis Rechnung getragen werden, die Parteien schon vor Erlass der Entscheidung mit der Rechtsauffassung des Gerichts vertraut zu machen¹⁴.

Der auf dem Referentenentwurf 1973 aufbauende Regierungsentwurf¹⁵ hat diese Bestimmung nicht übernommen.

11) unveröffentlicht. Zitiert nach Bender, Das Stuttgarter Modell S. 48

12) abgedruckt bei Baumann-Fezer, S. 53; vgl. dazu auch Bender ZRP 1969, 58

13) Ref.E 1973, S.4

14) vgl. die maschinenschriftliche Begr. des Ref.E, S. 66

15) BT-Drucks. 7/2729

Dort wurde vielmehr ausdrücklich festgestellt: "Ob das Gericht, wie es teilweise im Rahmen des Stuttgarter Modells praktiziert wird, dann noch seine beabsichtigte Entscheidung darlegt und den Parteien im Rahmen der sogenannten 'kleinen Berufung' Gelegenheit gibt, dazu Stellung zu nehmen, bleibt seinem Ermessen überlassen"¹⁶. Erst vom Rechtsausschuss¹⁷ wurde die Hinweispflicht des Gerichts wieder in den Regierungsentwurf übernommen.

Vom Wortlaut und der gesetzessystematischen Stellung weist § 278 III zur Praxis des Stuttgarter Verfahrens vier wesentliche Unterschiede auf:

1. § 278 III bezieht die Hinweispflicht nicht auf konkrete Verfahrensstadien (Ende des Vorverfahrens, Abschluss der Parteienanhörung etc.). Die Norm bestimmt nicht, dass rechtliche Hinweise die Verhandlung ständig begleiten müssen und damit ein rechtlicher Diskurs in der oben dargestellten Art stattzufinden hat.
2. Der Wortlaut fordert keine Bekanntgabe der Rechtsmeinung des Gerichts, schon gar nicht die Bekanntgabe des beabsichtigten Urteils. Er stellt nur auf eine Stellungnahme der Parteien zu den übersehenen und verkannten rechtlichen Gesichtspunkten ab.
3. Die in § 278 III geforderten Hinweise werden von besonderen, in der Person der aufzuklärenden Partei liegenden Umständen abhängig gemacht.
4. Die gesetzessystematische Stellung des § 278 III in der Vorschrift über den Haupttermin legt die Überlegung nahe, eine Hinweispflicht schon nach Abschluss des Vorverfahrens, wie es im Stuttgarter Verfahren praktiziert wird, zu verneinen.

16) aaO S.37

17) BT-Drucks. 7/5250 S. 35

In der anschliessenden Analyse des § 278 III muss folglich auch der Frage nachgegangen werden, welche vom Wortlaut unabhängigen, aber sich aus der ratio der Norm ergebenden Überlegungen für eine am Stuttgarter Verfahren orientierte Auslegung sprechen.

1. HAUPTTEIL: Die Voraussetzungen der Hinweispflicht nach
dem Wortlaut des § 278 III

Massgeblicher Ansatzpunkt für die Rechtspflicht des Gerichts, den Parteien Gelegenheit zur Äusserung zu geben, ist der Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes (IV).

Er steckt die äusseren Grenzen der Hinweispflicht ab, die aber durch weitere Kriterien wesentliche Einschränkungen erfährt:

1. Der Gesichtspunkt muss entscheidungserheblich sein (V. VI.),
2. er darf nicht nur eine Nebenforderung betreffen (VIII),
3. er muss von den Parteien übersehen oder für unerheblich gehalten worden sein (IX 1),
4. dem Gericht muss die Fehleinschätzung der Prozesslage erkennbar gewesen sein (IX 2).

IV. Der Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes

Fraglich ist, was unter dem Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes zu verstehen ist. Im Gegensatz zum Entwurf des Rechtsausschusses¹ und zu § 139 IV des Referentenentwurfs² beschränkt sich die Gesetzesfassung auf Gesichtspunkte rechtlicher Art. Eine Erstreckung auf tatsächliche Gesichtspunkte war auch nicht erforderlich, da die Äusserungsmöglichkeit hierzu bereits durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) gewährleistet ist³. Danach sind die Gerichte verpflichtet, den Prozessbeteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu äussern und die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen⁴. Da Gelegenheit zur Äusserung erst

1) BT-Drucks. 7/5250 S. 35

2) Ziff. 8 des Ref.E. 1973, S. 4

3) vgl. dazu die Begr. des Ref.E. 1973, S. 67 und ausführlich Schwartz S. 18

Insofern ist es unzutreffend, wenn Bischof, NJW 77, 1900 feststellt, die alleinige Betonung auf den rechtlichen Gesichtspunkt stelle eine wesentliche Einschränkung des Textes dar.

4) ständige Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 42, 367; 46, 187; 47, 129 und 187; 48, 395 jeweils m.w.N.

gegeben ist, wenn die Parteien den massgeblichen Sachverhalt kennen, erwächst aus Art. 103 GG dem Gericht die Verpflichtung, den Parteien das ihnen unbekannte tatsächliche Vorbringen mitzuteilen⁵. Die Verletzung dieser Mitteilungspflicht bedeutet einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör⁶.

Rechtlicher Gesichtspunkt i.S. des § 278 III ist jede vertragliche oder gesetzliche Vorschrift, sowie jegliches Argument rechtlicher Art⁷, welches das Gericht zu seiner Entscheidung führt. Unerheblich bleibt, ob der rechtliche Gesichtspunkt das Ergebnis der richterlichen Rechtsfindung (z.B. die erarbeitete Anspruchsgrundlage⁸) oder nur einen rechtlichen Denkschritt auf dem Weg dorthin darstellt. So fällt unter den Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes nicht nur der konkrete Rechtssatz, zu dem das Gericht als Ergebnis seiner rechtlichen Denktätigkeit gelangt ist, sondern auch dessen Voraussetzungen tatsächlicher Art⁹. Denn diese lassen sich vom abstrakten Rechtssatz nicht trennen¹⁰.

1. Beispiel:

Will das Gericht einem Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Verletzung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte stattgeben, muss es den Beklagten auch auf die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts hinweisen: auf das Interesse, das der Gläubiger des Beklagten am Schutz des Klägers hat, auf die Leistungsnähe des Klägers bei der Abwicklung des Vertrages und auf die Erkennbarkeit dieser Umstände für den Beklagten.

Gleichgültig ist, ob sich der Rechtssatz aus Gesetz oder aus Vertrag ergibt, oder von Lehre und Rechtspre-

5) Maunz-Dürig, Art. 103 GG RZ 64 m.w.N.

6) Maunz-Dürig aaO; zur Frage, ob Art. 103 GG auch Hinweise auf rechtliche Gesichtspunkte verlangt, vgl. unter XI 3

7) Hartmann, Rpfleger 1977, S.4; Baumbach-Hartmann, § 278 Anm.5 C a; Arens, Zivilprozessrecht, Rz.196; Mümmler Jur.Büro 1977, S. 757

8) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

9) Putzo NJW 1977, S.3; Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b aa; Bender-Belz-Wax, S. 74; Zeiss § 32 II

10) Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b aa; Bender-Belz-Wax, S. 74

chung entwickelt worden ist¹¹ (wie z.B. Drittschadensliquidation, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, rechtsgeschäftliches Gefälligkeitsverhältnis¹²).

Unter den Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes fallen nicht nur materiellrechtliche, sondern auch verfahrensrechtliche Erwägungen. Denn nach dem Normzweck des § 278 III, Überraschungsentscheidungen auszuschalten, kann es keinen Unterschied machen, ob sich die unterlegene Partei durch die plötzliche Berufung des Gerichts auf einen verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt um ihr Recht gebracht fühlt, oder durch eine materiellrechtliche Erwägung überrascht wird.

2. Beispiel¹³:

Mit der Behauptung, die Beklagte habe sich mit ihr über den Abschluss eines Mietvertrages geeinigt, begehrt die Klägerin die Unterzeichnung eines schriftlichen Mietvertrages und die Überlassung der Mieträume. Im Termin vom 21.2.1978 wurde der Klägerin die Klageerwidlung übergeben, in der die Beklagte das Klagevorbringen bestritt. Am 14.3.1978 teilte das Landgericht der Klägerin mit, dass Termin auf den 10.4.1978 bestimmt sei und wies die Klägerin darauf hin, dass Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Klage bestünden. Am 7.4.1978 ging ein Schriftsatz der Klägerin ein, in dem sie ihr Vorbringen ergänzte und neue Beweisanträge stellte. Das Landgericht wies das Vorbringen neuer Tatsachen und die darauf bezogenen Beweismittel gem. § 296 II als verspätet zurück und wies die Klage ab. Die Klägerin wurde auf die Möglichkeit der Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach § 296 II vom Gericht nicht hingewiesen.

In diesem Beispiel bleibt die Klägerin aufgrund der Anwendung der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 296 II mit weiteren Angriffs- und Verteidigungsmitteln ausgeschlossen, obwohl sie vielleicht Entschuldigungsgründe für die Verspätung hätte vortragen können¹⁴.

11) Mümmler, Jur.Büro 1977, S.757

12) vgl. dazu Bsp.4 auf S. 8

13) nach OLG Karlsruhe NJW 1979, 879 mit Anm.Deubner

14) für einen Hinweis auf § 296 ausdrücklich Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b bb

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Begriff des rechtlichen Gesichtspunktes weit auszulegen ist. Er umfasst jede rechtliche Erwägung des Gerichts. Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob das Gericht auf den rechtlichen Gesichtspunkt nach § 278 III auch hinweisen muss.

V. Die Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes

Um unter die Hinweispflicht zu fallen, muss der rechtliche Gesichtspunkt e n t s c h e i d u n g s e r h e b l i c h sein. Das folgt aus der Formulierung des Gesetzes: "darf ... seine Entscheidung nur stützen".

Fraglich ist, nach welchen Kriterien die Entscheidungserheblichkeit zu beurteilen ist. Eine formale Eingrenzung ergibt sich bereits durch den Rahmen der von den Parteien gestellten Anträge¹. Der rechtliche Gesichtspunkt muss innerhalb der gestellten Anträge vom Gericht Berücksichtigung gefunden haben. Diese Überlegung folgt aus § 308², wonach die Rechtsprüfung des Gerichts sich nur innerhalb der gestellten Anträge bewegen darf.

Die folgenden Ausführungen zur Entscheidungserheblichkeit konzentrieren sich auf zwei Problemkreise:

Fordert § 278 III Hinweise nur auf Gesichtspunkte der dem Urteil zugrundeliegenden Hauptbegründung, oder muss er auch bei Hilfsbegründungen vom Gericht beachtet werden (1)?

Fordert § 278 III Hinweise auf Einreden, die von den Parteien übersehen wurden und deren Geltendmachung eine anderslautende Entscheidung zur Folge gehabt hätte? (2)

1. Unterscheidung nach Haupt- und Hilfsbegründung?

a) Problemstellung

1. Beispiel:

Das Gericht gibt einer Schadensersatzklage aus positiver Vertragsverletzung i.V.m. § 278 BGB statt. Im übrigen sei die Klage jedoch auch aus Delikt (§ 831 BGB) begründet. Auf § 831 BGB wurde der Beklagte nicht hingewiesen und unterliess es deshalb, Tatsachen für seine Exkulpation vorzubringen.

1) Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b vor aa

2) Auf die Beachtung des § 308 weist zutreffend Hartmann, Rpfleger 1977, 4 hin

2. Beispiel:

In einem Schadensersatzprozess trägt der Kläger vor, er sei auf den frisch gebohrten Stufen eines Kaufhauses gestürzt. Auf Fragen des Gerichts erklärt er, er habe dort einen Freund treffen wollen. Die Rechtslage wird im Hinblick auf § 831 BGB angesprochen. Das Gericht weist die Klage als unbegründet ab. Es führt aus, dem Kläger stehe kein Anspruch aus § 831 BGB zu, da sich der Beklagte hinreichend entlastet habe. Ebenso sei ein Anspruch aus culpa in contrahendo i.V.m. § 278 BGB nicht gegeben, da ein vertragsähnliches Vorverhältnis zwischen Kläger und beklagtem Kaufhaus nicht zustandegekommen sei.

In beiden Fällen stützt das Gericht seine die Klage stattgebende bzw. die Klage abweisende Entscheidung auf eine Haupt- und Hilfsbegründung.

Fraglich ist, ob es zu den rechtlichen Ausführungen in der Hilfsbegründung eines Hinweises bedurft hätte.

Das hängt davon ab, ob die Hinweispflicht bereits eingreift, wenn das Gericht seine Entscheidung auf den rechtlichen Gesichtspunkt zumindest m i t s t ü t z e n, d.h. als zusätzliches Argument seiner Entscheidung zugrundelegen will.

b) Meinungen in der Literatur

Hartmann³ sieht in diesem Fall die Voraussetzungen für einen Hinweis bereits als gegeben an. Es genüge blosse Mitverwertung, so dass auch die Berücksichtigung eines rechtlichen Gesichtspunktes in einer Hilfsbegründung einen Hinweis erforderlich mache. Er betont den Zusammenhang zwischen § 278 III und der Vorschrift des § 313 III, wonach lediglich eine kurze Zusammenfassung der entscheidungserheblichen Erwägungen in die Urteilsgründe aufzunehmen ist. Nach der Neufassung des § 313 III sollen die Urteilsgründe nur noch eine Erinne-

3) Baumbach-Hartmann § 278 Anm.5 C c; NJW 1978, 1461

rungsstütze für die Partei darstellen, "zumal (die entscheidungserheblichen Erwägungen) ja schon wegen § 278 III sämtlich in der mündlichen Verhandlung erörtert worden sein müssen"⁴.

Auch Schneider⁵ fordert bei Hilfsbegründungen einen rechtlichen Hinweis. Er betont das wesentliche Gewicht, das einer Hilfsbegründung vom Gericht beigegeben wird, wenn es diese in die Urteilsgründe aufnimmt. Es handele "sich auch (hier) um einen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den das Gericht seine Entscheidung 'stützt', denn anderenfalls würde es die Urteilsformel nicht vorsorglich auch daraus herleiten."

Bischof⁶ hält dagegen eine Hinweispflicht nur bei den, die Entscheidung tragenden rechtlichen Gesichtspunkten für erforderlich. Hinweise auf die vom Gericht beabsichtigte Hilfsbegründung könnten unterbleiben. Er begründet seine einschränkende Auslegung mit der Gesetzesfassung, das Gericht dürfe "seine Entscheidung nur stützen".

Der Gesetzeswortlaut legt dieses Verständnis nicht nahe. Jeder rechtliche Gesichtspunkt, der in die Urteilsargumentation Aufnahme findet, "stützt" die konkrete Entscheidung, indem er sie mitprägt und untermauert. Aus der Gesetzesformulierung lässt sich nicht zwingend entnehmen, ob der unter § 278 III fallende rechtliche Gesichtspunkt die Entscheidung nun "haupt-

4) Baumbach-Hartmann, § 313, Anm. 7 A

5) MDR 1977, S. 883; ihm folgend Thomas-Putzo, § 278 Anm. 3 b bb

6) NJW 1977, S. 1901

sächlich" oder nur "hilfsweise" stützen muss⁷.

c) Bedeutung von rechtlichen Gesichtspunkten der Hilfsbegründung für die Entscheidung

aa) Berücksichtigung der *conditio sine qua non* Formel?

Zu überlegen ist, ob die *ratio* der Norm, die Parteien vor Überraschungsentscheidungen zu schützen, eine extensive Auslegung fordert, oder ob ihr mit der Beschränkung der Hinweispflicht auf rechtliche Gesichtspunkte der Hauptbegründung Genüge geleistet wird.

Wesentlich erscheint hier, dass gerade das rechtspolitisch verwerfliche Moment der Überraschungsentscheidung weniger darin liegt, einen unerörtert gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkt in die Urteilsgründe aufzunehmen. Es ist vielmehr die Folge, dass dieser Gesichtspunkt zu einer **b e s t i m m t e n** Entscheidung führt, die die Partei nach der Prozesslage nicht vorausgesehen hat und auch nicht voraussehen konnte. Nicht der rechtliche Gesichtspunkt als Element der Urteilsbegründung überrascht die Parteien, sondern der Umstand, dass dieser Gesichtspunkt eine konkrete Entscheidungsfolge nach sich zieht. Die Überraschung ergibt sich in erster Linie aus dem Tenor, nicht aus den Gründen.

7) Auch die Bezugnahme Bischofs a.a.O., Fn.40 auf den Abg. Emmerlich, der in der 247.Sitzung des Bundestages (Sten.Prot. S. 17609) davon sprach, die Hinweispflicht umfasse nur die Gesichtspunkte, welche die tragenden Grundlagen der Entscheidung betreffen, kann nicht überzeugen. Denn die Terminologie der an der 247.Sitzung des Bundestages beteiligten Abgeordneten ist uneinheitlich. Der Abg.Hauser (S. 17610) sprach von den "rechtlichen Elementen, auf die das Urteil aufbaut". Der Abg.Emmerlich sprach an anderer Stelle (S. 17608) davon, es sollen Urteile ausgeschlossen werden, "deren Grundlagen in der Verhandlung keine Rolle gespielt haben".

Zieht man aus dieser Grundüberlegung die Schlussfolgerung, die Hinweispflicht bestehe nur bei rechtlichen Gesichtspunkten, die eine "conditio-sine-qua-non" für die Entscheidung darstellen, führt das zu dem Ergebnis, die Hinweispflicht dort zu verneinen, wo auch die richterliche Nichtberücksichtigung des rechtlichen Gesichtspunktes keine anderslautende Entscheidung nach sich gezogen hätte. Das ist der Fall, wenn die Entscheidung bereits durch andere -bekanntgegebene- rechtliche Gesichtspunkte ihre Konkretisierung erfahren hat und auch ohne Berücksichtigung des nicht bekanntgegebenen rechtlichen Gesichtspunktes nicht anders ausgefallen wäre.

Werden unter dem Begriff "Gesichtspunkte" i.S.d. § 278 III somit nur rechtliche Erwägungen i.S. einer "conditio-sine-qua-non" für die konkrete Entscheidung verstanden, könnte ein Hinweis in Bsp. 1 auf § 831 BGB und in Bsp.2 auf das Institut der culpa in contrahendo unterbleiben. Auch bei deren Nichtberücksichtigung wäre die Entscheidung n i c h t anders ausgefallen.

bb) Einfluss einer unterschiedlichen rechtlichen Würdigung von Gesichtspunkten der Hilfsbegründung auf die Entscheidung

Die Differenzierung nach der "conditio--sine-qua-non Formel" berücksichtigt aber nicht, dass eine a n d e r s - l a u t e n d e Würdigung von rechtlichen Gesichtspunkten der Hilfsbegründung sehr wohl direkten Einfluss auf die Entscheidung nehmen kann. Das gilt vor allem für rechtliche Gesichtspunkte, die einem k l a g e a b w e i s e n d e n Urteil zugrunde liegen. Hier ist es möglich, dass zwar bei Nichtberücksichtigung des rechtlichen Gesichtspunktes die Entscheidung die gleiche bleibt, bei einer anderen rechtlichen Würdigung aber anders ausgefallen wäre.

In unserem Bsp. 1 hätte zwar auch ein Hinweis auf § 831 BGB und die möglicherweise daraufhin erfolgte Exculpation des Beklagten seine Verurteilung zum Schadensersatz nicht mehr verhindern können. Bereits die positive Vertragsverletzung führt zu dem konkreten Urteilsausspruch. Eine unterschiedliche Würdigung des § 831 BGB hätte daran nichts mehr geändert. Anders liegt es jedoch in Bsp. 2: Hätte der Kläger nach einem Hinweis auf das Institut der culpa in contrahendo und seiner rechtlichen Voraussetzungen noch Tatsachen vortragen können, die eine andere Würdigung dieses Gesichtspunktes zur Folge gehabt hätten, wäre der Klage stattzugeben gewesen. Denkbar wäre, der Kläger würde jetzt vortragen und unter Beweis stellen, dass er neben dem beabsichtigten Treffen mit seinem Freund auch wegen konkreter Kaufabsichten das Kaufhaus betreten hat.

Der entscheidende Unterschied zwischen Bsp. 1 und 2 liegt somit darin, dass im letzteren Beispiel eine u n t e r s c h i e d l i c h e Würdigung des rechtlichen Gesichtspunktes der Hilfsbegründung die Entscheidung beeinflusst hätte.

cc) eigene Stellungnahme

Die Beispiele verdeutlichen, dass eine Differenzierung der Hinweispflicht nach rechtlichen Gesichtspunkten der Haupt- bzw. Hilfsbegründung verfehlt ist. Sie berücksichtigt nicht den Umstand, dass die Parteien durch die Nichtkenntnis von rechtlichen Erwägungen der Hilfsbegründung um das Vorbringen von Tatsachen gebracht werden können, die zu einer unterschiedlichen rechtlichen Würdigung und damit zu einer anderslautenden Entscheidung geführt hätten. Das läuft aber dem Bestreben des § 278 III entgegen, dem Zusammenhang zwischen rechtlicher Würdigung und Parteivorbringen⁸ für die Wahrheitsfindung gerecht zu werden.

Redet man bei der Hinweispflicht einer Differenzierung das Wort, darf nicht allgemein zwischen rechtlichen Gesichtspunkten der Haupt- und Hilfsbegründung unterschieden werden. Auch erweist sich die *conditio-sine-qua-non* Formel hierfür als ungeeignet.

8) vgl., dazu genauer unter X 3

Geht man vielmehr von der oben aufgestellten Grundüberlegung aus, die Überraschung ergebe sich für die Parteien aus dem Urteil, ist es allein gerechtfertigt, die Hinweispflicht des Gerichts nur dort zu verneinen, wo auch eine entgegengesetzte rechtliche Würdigung in der Hilfsbegründung keine anderslautende Entscheidung zur Folge haben kann. Das ist nur bei rechtlichen Erwägungen möglich, die hilfsweise einem klagestattgebenden Urteil zugrundeliegen. Nur hier erscheint das Unterlassen von rechtlichen Hinweisen gerechtfertigt.

d) Bedeutung des Novenverbotes

Abgesehen von einer Differenzierung, die allein auf die mögliche Auswirkung einer anderslautenden Hilfsbegründung auf die Entscheidung abstellt, ist weiter zu überlegen, ob aus anderen verfahrensrechtlichen Gründen eine Hinweispflicht auf alle, der Entscheidung zugrunde liegenden Gesichtspunkte zu fordern ist.

Hier kann den Präklusionsvorschriften mit dem anschließenden Novenverbot im Berufungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommen.

Das Novenverbot wird vom Gesetzgeber im engen Zusammenhang mit der rechtlichen Hinweispflicht gesehen⁹.

Es kann den Parteien nur zugemutet werden, wenn sie bereits in der 1. Instanz auf die für das Gericht massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte hingewiesen worden sind. Der Rechtsausschuss¹⁰ betonte ausdrücklich, das Novenverbot sei "nicht zu rechtfertigen, wenn ein Überraschungsurteil ergangen ist, und die unterlegene Partei (im Berufungsverfahren) neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vortragen will, die sie zwar vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung hätte vorbringen können, von denen sie jedoch nach der Verhandlungsführung des Gerichts nicht wissen konnte, dass es darauf ankommen werde."

9) vgl. dazu die Nachweise unter XIX 2

10) BT-Drucks. 7/5250 S. 5

Für die Frage des Umfangs der rechtlichen Hinweispflicht kann das Novenverbot insofern Bedeutung erlangen, als zu überlegen ist, ob der Berufungskläger mit Tatsachenvorbringen zu rechtlichen Gesichtspunkten der Hilfsbegründung präkludiert werden kann. Es ist nämlich die Prozesslage vorstellbar, dass das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, der Hauptbegründung des erstinstanzlichen Gerichts liege eine falsche rechtliche Würdigung zugrunde, die Entscheidung könne aber auf die Hilfsbegründung gestützt werden.

3. Beispiel:

Das Berufungsgericht ist der Meinung, in Beispiel 1 sei der Schadensersatzanspruch zwar aus § 831 BGB begründet, nicht jedoch, wie das erstinstanzliche Gericht in seinem Urteil ausführte, aus Vertrag. Ein Vertrag sei zwischen Kläger und Beklagten nicht zustande gekommen.

Kann der Berufungskläger **k e i n e** Tatsachen für seine Exkulpation vorbringen, birgt das Beispiel keine Probleme: Die Berufung wird als unbegründet verworfen.

Wie ist es aber, wenn der Berufungskläger entsprechende Tatsachen vortragen will? Wäre es ihm jetzt aufgrund des Novenverbots verwehrt, diese Tatsachen in das Berufungsverfahren einzuführen, würde ein grob unbilliges Ergebnis die Folge sein: mit den Tatsachen, für deren Vorbringen er in der 1. Instanz keine Veranlassung sah, wäre er jetzt präkludiert. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, könnte die Forderung erhoben werden, jeglichen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den sich das Urteil stützt, unter die Hinweispflicht fallen zu lassen, damit die Partei die ihr bekannten Tatsachen schon in der 1. Instanz vorbringen kann, um so der Gefahr einer Präkludierung im Berufungsverfahren vorzubeugen.

Nun ist jedoch zu beachten, dass in der Berufungsinstanz jedes Vorbringen zulässig ist, das für die Partei neu ist (sog. echtes Novum)¹¹. Solches Vorbringen fällt nicht unter § 528, das die Partei vorher nicht kennen konnte¹², d.h. wovon die Partei ohne ihr Verschulden erst nach der letzten mündlichen Verhandlung Kenntnis erhalten hat.

Im Beispielsfall kennt der Berufungskläger die seine Exkulpation begründenden Tatsachen. Er sah sich nur wegen der ihm unbekannten Rechtsauffassung des Gerichts nicht veranlasst, sie in das Verfahren einzuführen. Von einem echten Novum kann somit keine Rede sein.

Dennoch fällt das neue Tatsachenvorbringen nicht unter § 528. Dessen Absatz 1 wird nicht eingreifen, weil für das Vorbringen der Tatsachen (die sich auf den nicht hingewiesenen rechtlichen Gesichtspunkt beziehen) keine nach Absatz 1 erforderliche Fristsetzung durch das Gericht erfolgt sein wird. Setzte aber das Gericht dem Beklagten eine Frist, sich zur Frage der Exkulpation zu äussern, ohne ihn direkt auf § 831 BGB hinzuweisen, wird er im erstinstanzlichen Verfahren nicht aufgrund seiner Unkenntnis der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte am Vorbringen dazu entscheidungserheblicher Tatsachen gehindert. Trägt er dennoch keine Tatsachen vor, ist das Novenverbot auch gerechtfertigt.

§ 528 II wird nicht eingreifen, weil dem Beklagten kein Verstoß gegen die Prozessförderungspflichten des § 282 I und II vorgeworfen werden kann. Wenn das Gericht im Lauf der mündlichen Verhandlung einen rechtlichen

11) Bender-Belz-Wax RZ 167

12) Baumbach-Albers, § 529 Anm.3 vor A

Gesichtspunkt nicht berücksichtigt und erst in den Urteilsgründen auf diesen eingeht, kann die Prozessförderungsspflicht von den Parteien nicht fordern, zu diesem Gesichtspunkt auch Tatsachen vorzutragen.

§ 282 begründet keinen Zwang, von vornherein tatsächlich und rechtlich erschöpfend alles nur ganz eventuell im Prozessverlauf einmal Erhebliche vorzutragen¹³. Im übrigen würde es an einer groben Nachlässigkeit fehlen, wenn die Partei zum Vorbringen neuer Tatsachen erst durch die Urteilsbegründung des erstinstanzlichen Gerichts veranlasst wird¹⁴.

Da der Berufungskläger mit Tatsachen zu unerörtert gebliebenen Gesichtspunkten der Hilfsbegründung im Berufungsverfahren nicht präkludiert werden kann, ergibt sich aus dem Novenverbot auch keine zwingende Hinweispflicht.

Dennoch sprechen die positiven Auswirkungen einer umfassenden Hinweispflicht auf das Rechtsmittelverfahren für eine Äusserungsmöglichkeit der Partei zu a l l e n dem Urteil zugrundeliegenden rechtlichen Gesichtspunkten. Dabei sind zwei Grundüberlegungen massgeblich:

e) Entlastung der Berufungsinstanz

Die zum Novenverbot angestellten Überlegungen verdeutlichen, dass die Rechtfertigung einer Entscheidung mit den Parteien unbekannten rechtlichen Gesichtspunkten häufig ein Berufungsverfahren nach sich ziehen wird, in dem mit neuem Tatsachenmaterial um diese rechtlichen Gesichtspunkte gestritten werden wird.

13) Baumbach-Hartmann, § 282 Anm. 3 A; Grunsky, JZ 77 S. 204; vgl. auch unter XVII 3

14) Rosenberg-Schwab, § 14o IV 2 b; RG HRR 1931 S.877

In den Gesetzesberatungen ist immer wieder darauf hingewiesen worden, dass Überraschungsurteile die Hauptursache dafür seien, dass unverhältnismässig viele Urteile mit der Berufung angegriffen werden¹⁵. § 278 III soll nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁶ dazu beitragen, dass eine erneute Behandlung des Streitfalles in der Rechtsmittelinstanz sich aus der Sicht der Parteien erübrigt. Die Partei, die sämtliche in der Urteilsbegründung wiedergefundenen rechtlichen Gesichtspunkte bereits in der mündlichen Verhandlung mit dem Gericht erörtert und alles dazu vorhandene Tatsachenmaterial vorgebracht hat, wird schon wegen mangelnder Erfolgsaussicht weniger an eine Berufung denken als diejenige Partei, die erst in den Urteilsgründen die vollständige Rechtsauffassung des Gerichts erfährt. Die Befriedungsfunktion des Urteils wirkt dort am nachhaltigsten, wo für die Parteien das Urteil letztlich in seinem gesamten Umfange das Ergebnis einer gemeinsamen Erarbeitung¹⁷ der rechtlichen Schlussfolgerung zwischen Gericht und Parteien darstellt¹⁸. Für diese psychologische Wirkung ist es unerheblich, ob der letztlich entscheidende rechtliche Gesichtspunkt nicht mit den Parteien erörtert wurde, oder ob es sich nur um einen Gesichtspunkt handelt, der die Entscheidung neben anderen mitträgt. Immer dann, wenn die Parteien der Meinung sind, durch die überraschende Rechtsmeinung des Gerichts gehindert worden zu sein, zusätzliches Tatsachenmaterial vorzubringen, werden sie gewillt sein, das Urteil anzugreifen. Die Frage, ob das Berufungsbegehren zurecht besteht, darf hier keine Berücksichtigung finden, da sie für das rechtspolitische Ziel

15) Bender im Hearing vor dem Rechtsausschuss 93/25; Abg. Emmerlich in der 247. Sitzung des 7. BT S. 17608; Abg. Hauser Sten. Prot. der 91. Sitzung des Rechtsausschusses 91/17

16) BT-Drucks. 7/5250 S. 8; Abg. Hauser DRiZ 1976, 244

17) vgl. dazu Bender, Das Stuttgarter Modell S. 44 u. 49 er spricht von einem "rechtlichen Diskurs"

18) Henckel, S. 132

einer Entlastung des Berufungszuges keine Rolle spielt.

f) Die prozessuale Bedeutung von Hilfsbegründungen

Darüberhinaus fordert die prozessuale Bedeutung von Hilfsbegründungen im Rechtsmittelverfahren¹⁹ deren Einbeziehung in die Hinweispflicht. Die Notwendigkeit einer Einbeziehung folgt:

aus dem Bestreben, zu einer möglichst frühzeitigen Erledigung des Streitfalles in der Revisionsinstanz zu gelangen (aa) und

aus dem Bemühen, den Parteien zwei gleichwertige Tatsacheninstanzen zu gewährleisten (bb).

aa) Die Begründung, auf die das Berufungsgericht seine Entscheidung hilfsweise stützt, kann u.U. im Revisionsverfahren zur Hauptbegründung werden oder zur einzigen, die Entscheidung tragenden Begründung erstarken. Das Revisionsgericht kann gemäss § 565 III 1 in der Sache selbst entscheiden, wenn Tatsachen nicht mehr festgestellt zu werden brauchen, d.h. wenn der Sachverhalt vollständig aufgeklärt und die Sache zur Entscheidung reif ist²⁰. Ist das nicht der Fall, muss das Revisionsgericht die Sache an das Berufungsgericht zwecks weiterer Sachaufklärung zurückverweisen. Diese Zurückverweisung kann vermieden werden, wenn in den vorangegangenen Tatsacheninstanzen die Parteien auf alle rechtlichen Gesichtspunkte der Hilfsbegründung hingewiesen worden sind und ihnen so die Gelegenheit eingeräumt wurde, schon jetzt dazu einen vollständigen Tatsachenvortrag beizubringen. Ist die tatsächliche Seite des Rechtsstreites bereits aufgeklärt und kann das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden, dient das der Prozessökonomie. Eine langwierige Zurückverweisung mit erneuter Tatsachenverhandlung wird verhindert.

19) Dieser Gesichtspunkt wird von Schneider, MDR 77, S. 881 (883) angedeutet; ebenso Thomas-Putzo § 278 Anm.

20) vgl. dazu Jauernig ZPO, § 74 VIII 2 b; Rosenber-Schwab, § 147 II 2 b; und eingehend Arens AcP 161, 177 ff. 13 b bb

4. Beispiel:

Das Berufungsgericht gibt einer Klage sowohl aus positiver Vertragsverletzung i.V.m. § 278 BGB als auch aus § 831 BGB statt. Auf die Hilfsbegründung wurde der Beklagte nicht hingewiesen. Das Revisionsgericht ist der Meinung, ein Vertrag und damit ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung i.V.m. § 278 sei nicht zustande gekommen. Wohl aber könne das Urteil wegen einer Haftung des Beklagten aus § 831 BGB Bestand haben. Da die Frage der Exkulpation nach der tatsächlichen Seite noch nicht hinreichend aufgeklärt ist, muss die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

¶

Die Zurückverweisung hätte vermieden werden können, wenn der Beklagte bereits in der Berufungsinstanz durch einen rechtlichen Hinweis die Möglichkeit eines vollständigen Tatsachenvortrags zu seiner Exkulpation gehabt hätte.

bb) Ein Hinweis zur Hilfsbegründung kann nicht nur das Rechtsmittelverfahren beschleunigen, sondern kommt auch den am Berufungsverfahren beteiligten Parteien zugute, weil er ihnen einen vollständigen Tatsachenvortrag in beiden Tatsacheninstanzen ermöglicht.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 538 und 539 nicht vor, muss das Berufungsgericht in der Sache selbst entscheiden²¹. Auch im Berufungsverfahren kann der Fall eintreten, dass das Berufungsgericht die Hauptbegründung des erstinstanzlichen Gerichts nicht für durchschlagend hält, wohl aber dessen Hilfsbegründung.

5. Beispiel:

Das erstinstanzliche Gericht bejaht den Schadensersatzanspruch des Klägers aus positiver Vertragsverletzung i.V.m. § 278 BGB, hilfsweise aus § 831 BGB. Auf die unerlaubte Handlung wurde der Beklagte nicht hingewiesen. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung i.V.m. § 278 BGB, da kein Vertrag zustande gekommen sei. Wohl aber könne § 831 BGB durchgreifen,

21) vgl. Baumbach-Albers, § 538 Anm.1

soweit dessen tatsächliche Voraussetzungen vorliegen. Der erst durch das erstinstanzliche Urteil auf § 831 BGB aufmerksam gewordene Beklagte trägt Tatsachen zu seiner Exkulpation vor, die das Gericht jedoch nicht zu überzeugen vermögen. Die Berufung wird als unbegründet verworfen.

Dem Beklagten stand für den Sachverhalt der Exkulpation nur eine Tatsacheninstanz zur Verfügung. Der Verlust einer Tatsacheninstanz hat aber nach der Rechtsprechung nicht zur Folge, dass das Berufungsgericht zur Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Exkulpation die Sache zurückverweisen muss²².

Trotzdem kann eine Benachteiligung des Beklagten nicht bestritten werden. Hätte er schon im erstinstanzlichen Verfahren Tatsachen zu seiner Exkulpation vortragen können, wäre es für ihn nicht im Ungewissen geblieben, wie die Frage seiner Exkulpation sachlich-rechtlich beurteilt wird. Der Beklagte hätte sich dann anhand des erstinstanzlichen Urteils für das Berufungsverfahren auf einen erweiterten Tatsachenvortrag einstellen können.

Diese -mögliche- Benachteiligung des Beklagten, dem nur eine Tatsacheninstanz für den Sachverhalt der Exkulpation zur Verfügung bleibt, lässt es richtig erscheinen, auch bei Hilfsbegründungen durch Rechts Hinweise auf einen vollständigen Tatsachenvortrag hinzuwirken. Damit wird gewährleistet, dass beide Tatsacheninstanzen für entscheidungserhebliches Parteivorbringen genutzt werden.

22) BGH NJW 1975, 1786; BGH NJW 1968, 1234 = BGHZ 50, 27; BGH NJW 1978, 1430

2. Hinweise auf Einreden

a) Unter dem Problemkreis "Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes" soll weiter der Frage nachgegangen werden, ob § 278 III zu einem Rechtshinweis verpflichtet, wenn für das Gericht erkennbar eine Partei die Möglichkeit übersieht, sich gegenüber dem Gegner auf eine Einrede zu berufen. Unter dem Begriff "Einrede" werden hier lediglich rechtshemmende und rechtsausschliessende Einreden²³ (Einreden im Sinne des BGB), sowie Prozesshindernisse²⁴ (prozesshindernde Einreden) verstanden. Ihnen ist gemeinsam, dass sie nur bei Geltendmachung durch den Beklagten vom Gericht berücksichtigt werden. Unerörtert bleiben rechtsvernichtende und rechtshindernde Einreden (Einwendungen im Sinne des BGB), sowie "Einreden", die sonstige allgemeine Prozessvoraussetzungen betreffen²⁵. Sie werden vom Gericht von Amts wegen beachtet. Das Problem, ob ein Rechtshinweis erfolgen muss, stellt sich also in dieser Weise nicht.

Die Nichterhebung einer Einrede durch den Beklagten kann auf rechtliche Fehlvorstellungen unterschiedlicher Art zurückzuführen sein. Der Beklagte kann den Bestand seines Gegenrechts übersehen, weil ihm z.B. bei der Berechnung der Verjährungsfrist ein Fehler unterlaufen ist oder weil er von einer falschen Verjährungsvorschrift ausgeht. Der Beklagte kann aber auch irrigerweise meinen, seine Einrede werde vom Gericht ohne besondere Geltendmachung berücksichtigt. Für den Richter ist es zumeist nicht

23) vgl. dazu Baur, Zivilprozessrecht, Rz 134; Jauernig § 43 IV 1

24) vgl. dazu Grunsky Grundlagen § 34 III 2 a; Bernhardt § 27 IV

25) so z.B. die "Einreden" der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft

ersichtlich, aus welchen Gründen die Einrede nicht erhoben wird. Er sieht nur deren materiell-rechtlichen Bestand und die Tatsache, dass der Beklagte sich nicht darauf beruft.

b) Bisher wurde lediglich im Zusammenhang mit der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139 die Frage diskutiert, ob Hinweise auf bestehende Einredemöglichkeiten von § 139 gedeckt werden oder ob der Richter damit seine Aufklärungspflicht überschreitet und sich dem Vorwurf der Befangenheit aussetzt. Aufgrund der Unsicherheit, die über den Anwendungsbereich des § 139 besteht, gehen die Meinungen in diesem Punkt auseinander. Sie werden beeinflusst durch das jeweilige Verständnis über die Rollenfunktion des Richters im Prozess, seine Pflicht zur Unparteilichkeit und über das Verhältnis der Aufklärungspflicht zur Dispositionsherrschaft der Parteien. Je nachdem, ob die Mitwirkungspflicht des Richters oder die Dispositionsherrschaft der Parteien bei der Sachverhaltsaufklärung betont werden, werden die Grenzen der richterlichen Hinweistätigkeit weiter oder enger gezogen und Hinweise auf Einredemöglichkeiten für zulässig oder unzulässig erachtet²⁶. Ausgehend von der Grundüberlegung, dass die richterliche Aufklärungspflicht nicht in einem Spannungsverhältnis zur Dispositionsherrschaft der Parteien stehen muss, sondern als richterliche Hilfestellung die Dispositionsmaxime erst wirksam macht²⁷, ist heute wohl die Meinung vorherrschend, Hinweise auf

26) gegen Hinweise auf Einreden nach § 139: Stein-Jonas-Pohle § 139 Anm. II 1 c; zurückhaltend Baumbach-Hartmann § 139 Anm. 2 D; Grunsky S. 178

27) so ausdrücklich Henckel S.129; ihm folgend Wassermann S. 119

konkrete Einredemöglichkeiten für zulässig zu erachten, wenn "laienhaft vorgebrachte Einwände" der beklagten Partei Ansatzpunkte dafür abgeben, dass sie sich auf die Einrede berufen will²⁸. Eine weitergehende Meinung²⁹ bejaht die Zulässigkeit eines Hinweises auch ohne entsprechende Anhaltspunkte, aber unter der Klarstellung, dass lediglich auf das Bestehen der Einrede hingewiesen, nicht aber zu deren Geltendmachung aufgefordert werden darf.

Es liegt nun die Frage nahe, ob sich der Streit über die Zulässigkeit von Hinweisen auf Einredemöglichkeiten durch eine sich aus § 278 III ergebende Hinweispflicht erledigt hat. Fordert das Gesetz ein entsprechendes Tätigwerden des Richters, kann er sich nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen, wenn er dieser Verpflichtung nachkommt.

Eine Pflicht, auf Einreden und Gegenrechte hinzuweisen, wird von Schneider³⁰ deswegen verneint, weil es sich dabei nicht um rechtliche Gesichtspunkte handle, auf die das Gericht seine Entscheidung stützt. Nach Schneider fehlt es also an der Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes. Er hält einen Zusatz in den Entscheidungsgründen, "die Klageforderung sei 'an sich' verjährt, dies sei aber vom Beklagten nicht geltend gemacht worden" für ein obiter dictum, auf das es keines Hinweises bedarf³¹.

28) Rosenberg-Schwab § 78 III 1 b; Thomas-Putzo § 139 Anm. 2 a cc

29) Schneider MDR 1977, 974 und MDR 1968, 723; Koch NJW 1966, 1648 (für das amtsgerichtliche Verfahren); Bender-Belz-Wax S. 8; Deubner in FS Schiedermair S. 83 in FN 6; Wassermann S.119

30) MDR 1977, 885

31) Schneider, aaO

c) Unproblematisch ist die Prozesslage, in der sich der Beklagte ersichtlich nur deshalb nicht auf die Einrede beruft, weil er die konkrete Anspruchsgrundlage verkennt.

Beispiel³²:

A klagt gegen den Bauunternehmer B auf Schadensersatz wegen unsachgemässer Aushebung einer Baugrube. Der Kläger hat die Arbeit des Beklagten B schon vor zwei Jahren abgenommen. B beruft sich nicht auf die Verjährung, weil er der Ansicht ist, es handele sich um einen Mangel an einem Bauwerk. Der Anspruch sei also erst nach einer Fünfjahresfrist verjährt. Das Gericht gelangt zu der Überzeugung, bei dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch handele es sich um einen Anspruch aus Arbeiten "an einem Grundstück", der innerhalb eines Jahres verjährt (§ 638 S.1 BGB).

Hier muss das Gericht den Beklagten nur darauf aufmerksam machen, dass es den Anspruch rechtlich anders würdigt. Ein Hinweis auf den Bestand der Verjährungseinrede ist nicht erforderlich. Dass der Beklagte dann womöglich die Einrede der Verjährung erheben wird, ist nicht unmittelbare Folge des Hinweises, sondern nur mittelbares Ergebnis seiner Kenntnis der richterlichen Würdigung.

aa) Zweifelhaft ist aber, ob das Gericht auf das Bestehen der Einrede dann hinweisen muss, wenn die unterlassene Geltendmachung nicht auf einer, für das Gericht erkennbaren unrichtigen Würdigung der Anspruchsgrundlage beruht. Hier ist Schneider insoweit beizupflichten, dass der materiell-rechtliche Bestand der Einrede als rechtlicher Gesichtspunkt für die Entscheidung erst Bedeutung erlangt, wenn die Einrede vom Beklagten geltend gemacht wird. Vorher spielt es für die Urteilsfindung keine Rolle, ob die Einrede materiell-rechtlich besteht oder nicht. Ebenso unerheblich ist es, ob die Einrede wegen Verkenntung tatsächlicher Voraussetzungen oder wegen Verkenntung rechtlicher Gesichtspunkte nicht erhoben worden ist, die ebenfalls vor Geltendmachung nicht

32) nach BGH NJW 1977, 1146 = BGHZ 68, 208

Gegenstand der richterlichen Entscheidungsfindung sind. Ob der Beklagte von einer falschen Verjährungsvorschrift oder von der Annahme ausgeht, Ansprüche verjähren überhaupt nicht, braucht das Gericht nicht zu interessieren.

bb) Mit diesen Überlegungen kann jedoch eine Hinweispflicht des Gerichts nicht abschliessend verneint werden. Denn es drängt sich hier die weitere Frage auf, ob die Nichtberücksichtigung der Einrede mangels Geltendmachung einen rechtlichen Gesichtspunkt darstellt, auf den das Gericht seine Entscheidung stützt, wenn es der Klage stattgibt. Dass z.B. die Verjährung einer Klageforderung nur bei Geltendmachung vom Gericht berücksichtigt werden darf, ist ein aus dem Wesen der Einrede sich ergebender rechtlicher Gesichtspunkt. Beruft sich der Beklagte nicht auf seine Einrede, würde die daraus folgende richterliche Nichtberücksichtigung auch nicht lediglich ein obiter dictum betreffen. Obiter dicta sind Ausführungen, Belehrungen und Hinweise in den Entscheidungsgründen, die über den konkreten Streitfall hinausgehen³³ und auf die das Urteil nicht gestützt ist³⁴. Demgegenüber betrifft ein rechtlicher Gesichtspunkt nicht lediglich ein obiter dictum, sondern ist entscheidungserheblich, wenn das Gericht bei der Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsnorm auf den zugrundeliegenden Sachverhalt anwendbar ist oder nicht, an der Auseinandersetzung mit diesem Gesichtspunkt nicht vorbeikommt. So ist es aber hier: das Gericht kann den Rechtssatz, dass bestehende Einreden bei unterlassener Geltendmachung nicht berücksichtigt werden dürfen, nicht übergehen, sondern muss ihn bei der Entscheidungsfindung

33) vgl. nur Schneider MDR 1973, 821

34) Thomas-Putzo § 278 Anm. 3 b bb

beachten. Die Nichtberücksichtigung der Einrede mangels Geltendmachung ist eine rechtliche Schlussfolgerung, an der das Gericht bei der Subsumtion des Sachverhalts nicht vorbeikommt.

Das wird besonders deutlich, wenn der Beklagte von seiner Einrede weiss, aber darauf vertraut, sie werde von Amts wegen berücksichtigt. Übersieht der Beklagte dagegen, dass ihm eine Einrede zusteht, irrt er sich nach dem oben Gesagten primär Übereinen Gesichtspunkt, der nicht entscheidungserheblich ist. In diesem Falle liegt die Argumentation nahe, der Beklagte irre sich nicht darüber, dass die Einrede nur bei Geltendmachung vom Gericht berücksichtigt wird, denn er kennt sein Gegenrecht überhaupt nicht. Richtig ist daran, dass derjenige, der ein materielles Recht nicht kennt, nicht gleichzeitig damit zusammenhängende besondere verfahrensrechtliche Gesichtspunkte übersehen kann. Es erscheint mir aber nicht gerechtfertigt, in diesen Fällen zwischen dem

nichtentscheidungserheblichen Gesichtspunkt (Bestand der Einrede) und

dem entscheidungserheblichen Gesichtspunkt (Nichtberücksichtigung mangels Geltendmachung) zu differenzieren. Das Übersehen der Einrede führt zum Unterlassen der Geltendmachung, dies wiederum zur Nichtberücksichtigung der Einrede. Insofern handelt es sich um eine Folgewirkung, die einen einheitlichen Vorgang bildet und schwerlich unterteilt werden kann. Beruht die unterlassene Geltendmachung und die daraus folgende richterliche Nichtberücksichtigung auf einem Übersehen der Einrede, so führt dies zu einer Rechtslage, die in ihrer Gesamtheit vom Beklagten nicht erkannt wird und auf die er hinzuweisen ist. Es kann letztlich keinen Unterschied machen, ob der Beklagte seine Einrede kennt, sich aber über die Notwendigkeit einer Geltendmachung irrt oder das Gegenrecht gänzlich übersieht.

Gegen eine derartige Auslegung des § 278 III spricht auch nicht, dass der Richter mit einem entsprechenden Hinweis auf die mögliche Nichtberücksichtigung einer bestehenden Einrede seine Befangenheit kundtun würde. Der Richter darf nicht, was auch bisher für die Zulässigkeit eines Hinweises nach § 139 betont wurde, dazu auffordern, von der Einrede Gebrauch zu machen. Ihn trifft lediglich nach § 278 III die Verpflichtung, klarzustellen, dass die bestehende Einrede nur bei Geltendmachung der Entscheidung zugrundegelegt werden kann. Damit nimmt er jedoch ³⁵keinen Einfluss darauf, ob der Beklagte von der ihm durch das Gericht erst bekanntgewordenen Einredemöglichkeit Gebrauch machen will oder nicht. Er hält sich innerhalb der ihm durch die Dispositionsmaxime vorgegebenen Grenzen. War es ihm aufgrund der bisherigen Rechtslage nach überwiegender Meinung erlaubt, im Rahmen des § 139 bei lückenhaftem Verteidigungsvorbringen den Beklagten auf die bestehende Einredemöglichkeit aufmerksam zu machen, ist er jetzt nach § 278 III verpflichtet, auf die rechtlichen Folgen der Nichterhebung der Einrede hinzuweisen.

35) Bender-Belz-Wax S. 8

VI. Entscheidungsarten des § 278 III

Zu untersuchen ist weiterhin, auf welche Arten von Entscheidungen sich die rechtliche Hinweispflicht bezieht.

Unter einer gerichtlichen Entscheidung wird allgemein der "Ausspruch der im einzelnen Fall eingetretenen oder anzuordnenden Rechtsfolge"¹ verstanden. "Sie ist das Ergebnis einer Denktätigkeit, die in der Feststellung des Tatbestandes und der Anwendung des objektiven Rechts auf ihn besteht"².

1. Urteile

Zweifellos muss § 278 III bei allen Urteilen Beachtung finden, seien es nun End-, Zwischen- oder Vorbehaltsurteile, Prozess- oder Sachurteile. Dies ergibt sich weniger aus der formalen Betrachtung, wonach § 278 III im ersten Titel (Verfahren bis zum Urteil) des zweiten Buches in der Vorschrift über den Haupttermin seinen Platz hat, und das Urteil regelmässig aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergeht³. Massgeblich erscheint vielmehr, dass gerade das Urteil verfahrensabschliessend ein das Recht anwendenden Ausspruch zum Inhalt hat.

2. Beschlüsse

a) Problemstellung

Zu überlegen ist, ob die Auslegung des Begriffs "Entscheidung" in § 278 III sich an § 160 III Ziff.6 zu orientieren hat. Danach müssten zu den "Entscheidungen" des § 278 III auch Beschlüsse und Verfügungen gezählt werden⁴. Die Hinweispflicht würde dann jede "Willenserklärung" des Gerichts umfassen, gleichgültig ob

1) vgl. Rosenberg-Schwab, § 57 I 1

2) Rosenberg-Schwab, aaO

3) zur Geltung des § 278 III im schriftlichen Verfahren vgl. unter VII

4) vgl. nur Thomas-Putzo Vorbem. 1 zu § 300; Rosenberg-Schwab § 52 I 3; Schönke-Kuchinke § 73 I

sie auf die Prozessleitung hinzielt oder direkt auf den Ausspruch einer Rechtsfolge⁵. Die Folge wäre, dass auf Verweisungsbeschlüsse (§ 281), Auflagenbeschlüsse, Beweisbeschlüsse, Aussetzungsbeschlüsse (§ 248 II), Beschlüsse über das Ruhen des Verfahrens (§ 251), Aufklärungsbeschlüsse, Trennungsbeschlüsse und Beschlüsse über die Bewilligung des Armenrechts etc. stets hingewiesen werden müsste. Hartmann⁶ fordert denn auch (-ohne Begründung-) eine Hinweispflicht "bei Beweisbeschlüssen, Abgaben, Verweisungen⁷, Ruhen des Verfahrens usw."

Es ist aber zweifelhaft, ob für die Frage einer Hinweispflicht auf Beschlüsse eine allgemeingültige Antwort gegeben werden kann, oder ob nicht nach der jeweiligen Form des Zustandekommens, der Funktion und verfahrensrechtlichen Wirkung des Beschlusses differenziert werden muss. Eine pauschale Anwendung des § 278 III auf alle Beschlüsse mit der Begründung, diese seien Entscheidungen i.S.d. § 160 III 6, wird der Tatsache nicht gerecht, dass die Hinweispflicht nicht von der jeweiligen Bedeutung der Entscheidung für das konkrete Verfahren isoliert ausgelegt werden kann.

1. Beispiel⁸:

Der einjährige nichtehelich geborene A nimmt den Antragsgegner F auf Feststellung, dass dieser sein Vater sei und auf den Regelunterhalt in Anspruch. Das AG hat durch Beschluss das Armenrechtsgesuch des Antragstellers für die beabsichtigte Rechtsverfolgung mit der Begründung zurückgewiesen, er habe gegen seine Mutter im Rahmen deren Unterhaltsverpflichtung (§ 1610 II BGB) in analoger Anwendung des § 1360 a IV BGB⁹ einen Anspruch

5) Baumbach-Hartmann Übers. 1 A vor § 300

6) Baumbach-Hartmann § 278 5 C c; Hartmann, AnwBl. 1977, 94

7) so auch Bischof NJW 1977, 1901

8) nachgebildet nach KG-FamRZ 1971, 44

9) BGH FamRZ 1964, 560; vgl. dazu auch Rosenberg-Schwab, § 90 II 1 a

auf Prozesskostenvorschuss. Er könne deshalb nicht als arm gelten. Auf den rechtlichen Gesichtspunkt einer Prozesskostenvorschusspflicht seiner Mutter wurde A vor Erlass des Beschlusses nicht hingewiesen.

2. Beispiel:

A klagt gegen B vor dem Landgericht auf Auflassung eines Grundstücks aus Kaufvertrag, das einen Verkehrswert von 200.000 DM hat. Es ist jedoch mit einer Hypothek in Höhe von 150.000 DM belastet. In der Klagschrift wird der Streitwert auf 50.000 DM beziffert (§ 253 III). Das Gericht setzt in seinem Streitwertbeschluss nach §§ 3,6 den objektiven Verkehrswert auf 200.000 DM fest. Es folgt der Meinung¹⁰, dingliche Belastungen seien vom Streitwert nicht abzuziehen.

3. Beispiel:

Aus der Begründung des Streitwertbeschlusses¹¹ geht hervor, dass das Gericht die Meinung des Klägers, dingliche Belastungen seien für den Streitwert Abzugsposten, für richtig hält. Im konkreten Fall sei eine wirksame Hypothek aber nicht entstanden, da sich aus den beigefügten Akten ergebe, dass die dingliche Einigung über die Hypothekenbestellung wegen Geschäftsunfähigkeit des Beklagten zum damaligen Zeitpunkt nichtig gewesen war. Somit sei der Streitwert auf 200.000 DM festzusetzen.

4. Beispiel¹²:

Die Beklagte schloss am 28.2.1973 mit der Klägerin einen Vertrag über den Bezug eines mehrbändigen Lexikons. Die Beklagte hat 5 Bände abgenommen und bezahlt. Die Klägerin verlangt Bezahlung der Bände 6-8 zu einem Preis von insgesamt 270 DM. Die Beklagte hält den Vertrag im Hinblick auf ihre damalige Minderjährigkeit für unwirksam. Sie erhebt Widerklage auf Rückzahlung des für die ersten 5 Bände entrichteten Betrages von 455 DM.

10) vgl. nur BGH NJW 1954, 955; NJW 1958, 1397; KG Rpfleger 1974, 439; für die a.A. Baumbach-Hartmann § 6 Anm. 1 B; Thomas-Putzo § 6 Anm.1; Kramer NJW 1972, 2117

11) der Beschluss ist regelmässig zu begründen. Vgl. Baumbach-Hartmann Einführung zu §§ 3- 9 2 A

12) nachgebildet nach LG Giessen NJW 1975, 2206

Das AG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das LG¹³ verwirft durch Beschluss die Berufung als unzulässig mit der Begründung, die Berufungssumme von 500 DM sei nicht erreicht worden (§ 511 a), da entgegen der h.M.¹⁴ eine Zusammenrechnung von Klage und Widerklage für die Berechnung der Berufungssumme nicht möglich sei.

5. Beispiel:

A klagt gegen B auf Schadensersatz in Höhe von insgesamt 700 DM wegen Verletzung eines Werkvertrages (Schadensposten: 400 DM) und wegen Verstosses gegen die Verkehrssicherungspflichten des B (Schadensposten: 300 DM). A war im Wohnhaus des B schwer gestürzt. Der Besuch bei B erfolgte zum Zweck der Mängelanzeige. In der mündlichen Verhandlung erlässt das Gericht einen Beschluss, in dem es die Trennung der Ansprüche anordnet (§ 145). Es erachtet eine Trennung zur besseren Übersicht über den Streitstoff für sachdienlich. Darauf wurde der Kläger vorher nicht hingewiesen.

Die Beispiele verdeutlichen, dass Überraschungsentscheidungen auch ausserhalb des Urteilsverfahrens im Beschlussverfahren Bedeutung erlangen können.

In Art und Weise des Zustandekommens, ihrer Bedeutung für den Verfahrensablauf und ihrem Einfluss auf die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten weisen die Beschlüsse jedoch deutliche Unterschiede auf. Den Fällen 1 bis 4 ist gemeinsam, dass das Gericht ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Aber auch hier sieht sich die Partei durch die angeordnete Rechtsfolge direkt in ihrer Rechtsstellung betroffen. Dem Antragsteller im Armenrechtsverfahren in Beispiel 1 bleibt es zwar unbenommen, seine Rechte weiterzuverfolgen; er hat die Möglichkeit der Beschwerde (§§ 127, 2567). Das Verfahren im ersten Rechtszug über die Be- willigung des Armenrechts ist für ihn jedoch abgeschlossen. Dem Beschluss kommt insoweit eine verfahrensbeendigende Funktion zu. Im Beispiel 4 ist dem

13) Das LG hat im vorliegenden Fall die Berufung durch Urteil als unzulässig verworfen. Der Fall ist jedoch auch so abwandelbar, dass die Berufung durch Beschluss nach § 519 b II 1 verworfen wird.

14) Thomas-Putzo § 511 a Anm. 2 m.w.N.

Berufungskläger eine sofortige Beschwerde sogar verwehrt (§ 519 b II 2). Der Verwerfungsbeschluss des LG ist nicht anfechtbar¹⁵. Dem Trennungsbeschluss in Beispiel 5 geht eine mündliche Verhandlung voraus. Er beendet das Verfahren bezüglich des Sachverhalts "Unfall im Hausflur". Ihm kommt also teilweise eine verfahrensbeendende Funktion zu. Mit dem Beschluss werden die getrennten Teile selbständige Prozesse mit eigenem Streitwert¹⁶. Das kann zur Folge haben, dass dem Kläger die Berufung versagt bleibt, da er die Berufungssumme nicht mehr erreicht - wie es in unserem Beispiel 5 der Fall ist.

Dem Streitwertbeschluss in Beispiel 2 und 3 kommt dagegen keine verfahrensbeendende Funktion zu, doch auch er greift in die Rechtsstellung der Parteien ein, weil sich Kosten und Gebühren für Gericht und Anwälte nach ihm bemessen¹⁷.

Es fragt sich, welche Überlegungen für die Frage von Bedeutung sind, ob die Hinweispflicht auch im Beschlussverfahren Beachtung verlangt.

b) Differenzierung nach dem Vorliegen einer mündlichen Verhandlung?

Die Beschränkung der Hinweispflicht auf Beschlüsse, denen eine mündliche Verhandlung vorausgeht, mit dem Argument, die gesetzessystematische Stellung des § 278 III setze eine mündliche Verhandlung voraus, erscheint zu formal und nicht stichhaltig. Der Gesetzgeber hat die Pflichten des § 278 III nicht nur für den Haupttermin festlegen wollen. Die Begründung des Rechtsausschusses¹⁸ spricht ausdrücklich von der

15) Jauernig § 73 IV

16) Baumbach-Hartmann § 145 2 c

17) vgl. z.B. §§ 24, 12 GKG, 9 BRAGO

18) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

Beachtung der Hinweispflicht auch im Verfahren ausserhalb des Haupttermins. Als einziges Beispiel wird der frühe erste Termin genannt. Dieses Beispiel mag es aber nahelegen, die Hinweispflicht nur bei Entscheidungen im Zusammenhang mit einer mündlichen Verhandlung (und nicht notwendig mit einem Haupttermin) für vom Gesetz gefordert zu erachten.

Die alleinige Betonung des Zusammenhangs einer rechtlichen Hinweispflicht mit einer mündlichen Verhandlung würde dazu führen, dass bei Trennungsbeschlüssen¹⁹ (Beispiel 5) Beweisbeschlüssen²⁰ und Verweisungsbeschlüssen²¹ wegen der dort notwendigen mündlichen Verhandlung eine Hinweispflicht zu bejahen wäre.

Ein Hinweis könnte dagegen bei Beschlüssen über die Bewilligung des Armenrechts unterbleiben, sofern keine mündliche Verhandlung stattfindet, ebenso bei Beschlüssen über den Streitwert und über die Statthaftigkeit der Berufung nach § 519 b II 1 HS (Beispiel 1,2,3,4).

Diese Unterscheidung berücksichtigt jedoch nicht, dass auch im Beschlussverfahren ohne mündliche Verhandlung die Gefahr einer Überraschungsentscheidung besteht. Die Parteien sind auch dort schutzwürdig, wo der Erkenntnisprozess des Gerichts nicht auf einer mündlichen Verhandlung beruht. So wird dem Antragsteller

19) Der Trennungsbeschluss setzt notwendig eine mündliche Verhandlung voraus, vgl. Thomas-Putzo § 145 Anm. 1 c zu I

20) sofern nicht § 358 a eingreift, vgl. zum Beweisbeschluss unter VI 2 e

21) Der Beschluss über den Verweisungsantrag ergeht nach h.M auf mündliche Verhandlung, vgl. Baumbach-Hartmann, § 281 2 D; Thomas-Putzo, § 281 Anm.3, die eine mündliche Verhandlung -wohl zu Recht- bei Einverständnis der Parteien über die Verweisung für entbehrlich halten.

in Beispiel 1 die Möglichkeit genommen, auf das Einkommen seiner Mutter einzugehen. In Beispiel 3 hätte der Kläger womöglich Tatsachen vorbringen und nach § 3 Beweis dafür antreten können, dass der Beklagte keineswegs bei der Hypothekenbestellung geschäftsunfähig war.

Die Gefahr, dass im Beschlussverfahren ohne mündliche Verhandlung auf Grund einer Verkennung der Rechtsauffassung des Gerichts entscheidungserhebliches Tatsachenmaterial nicht vorgetragen wird, besteht somit im gleichen Masse, wie im Beschlussverfahren mit mündlicher Verhandlung.

Die mündliche Verhandlung darf keine Voraussetzung für die Geltung des § 278 III bei Beschlüssen bilden²².

c) Berücksichtigung der Möglichkeit zur Beschwerde?

Des weiteren kann es keine Rolle spielen, ob dem durch den Beschluss Überraschten die Möglichkeit der Beschwerde offensteht. (So dem Antragsteller auf Armenrecht in Beispiel 1, nicht jedoch dem Kläger in Beispiel 5²³ und dem Berufungskläger in Beispiel 4). Wenn in den Gesetzesberatungen immer wieder davon die Rede war, dass die rechtliche Hinweispflicht zu einer Verringerung der Berufungsverfahren führen soll²⁴, so darf diese ratio des § 278 III nicht auf das Rechtsmittel der Berufung beschränkt bleiben. Es kann keinen

22) In Beispiel 2 und 4 hätte die Partei aber keine Tatsachen, sondern nur noch Rechtsausführungen vortragen können. Ob es hier eines Hinweises bedarf, ist unter X zu erörtern.

23) Der Trennungsbeschluss ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar, vgl. Thomas-Putzo § 145Anm.1 c

24) vgl. nur den Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 7/5250 S.8; Abg. Hauser in der 247.Sitzung des 7.DB, S. 17611 zu I

Unterschied machen, ob der Beschluss *n u r z u s a m m e n* mit dem Endurteil mit der Berufung angefechtbar ist²⁵, oder selbständig mit der Beschwerde angefochten werden kann. Die ratio des § 278 III, den Rechtsstreit - sei es auch nur in einem Teilausschnitt - endgültig mit der richterlichen Entscheidung beigelegt zu sehen, d.h. die Befriedigungsfunktion des Rechtsspruches sicherzustellen, findet auch für das Beschlussverfahren seine Bedeutung.

d) Eigene Stellungnahme

Massgeblich für die Differenzierung der Hinweispflicht bei Beschlüssen erscheint folgende Überlegung: Es ist zu fragen, ob dem Beschluss eine *u n m i t t e l b a r e v e r f a h r e n s g e s t a l t e n d e F u n k t i o n* z u k o m m t . Beinhaltet er einen endgültigen Eingriff in die prozessuale Stellung der Partei für das weitere Verfahren, muss auf die dem Beschluss zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen hingewiesen werden. Das gilt vor allem, wenn mit dem Beschluss die rechtliche Prüfung des die Entscheidung betreffenden Sachverhalts abgeschlossen wird und die Partei sich vor vollendete Tatsachen gestellt sieht. Wirkt der Beschluss nur auf eine noch zu fällende konkrete Entscheidung hin (etwa auf ein Endurteil), indem er sie nur vorbereiten und ihr den "Weg ebnen" will, ist eine Hinweispflicht nicht erforderlich. Der Partei stehen noch Einflussmöglichkeiten auf die letztendliche Entscheidungsrelevanz des Beschlusses zu.

25) so z.B. der Trennungsbeschluss, vgl. Thomas-Putzo § 145 Anm.1 c zu I und der Streitwertbeschluss; vgl. Thomas-Putzo § 2, Anm. 3 a

6. Beispiel:

So kommt dem Aufklärungsbeschluss (§ 273) noch keine endgültige, die prozessuale Stellung einer Partei tangierende Wirkung zu. Er hat eine Prozessleitungsfunktion und hilft nur, die Entscheidung vorzubereiten.

Abzustellen ist somit für die Hinweispflicht bei Beschlüssen auf das Kriterium der endgültigen Beeinträchtigung der prozessualen Stellung der Partei. Hat das Verfahren durch den Beschluss einen endgültigen Einschnitt erfahren, ist eine Hinweispflicht des Gerichts zu bejahen. In Beispiel 1 bis 5 muss im Ergebnis nach § 278 III hingewiesen werden.

Für richterliche Verfügungen müssen die gleichen Grundsätze gelten. Unter Verfügungen werden in aller Regel Anordnungen des Vorsitzenden oder des Einzelrichters verstanden, die den Prozessbetrieb betreffen²⁶, z.B. die Terminfestsetzung nach § 216 II. Ein Hinweis kann somit unterbleiben, da Verfügungen eine bloss prozessleitende Funktion zukommt.

e) Hinweispflicht bei Beweisbeschlüssen?

Zu untersuchen ist weiter, ob sich aus den dargestellten Grundsätzen eine Hinweispflicht auf rechtliche Gesichtspunkte ergibt, die Beweisbeschlüssen zugrundeliegen. Dies wird von Hartmann²⁷ gefordert. Dem gegenüber lehnt Bischof²⁸ eine Hinweispflicht mit der Begründung ab, beim Beweisbeschluss werde noch nichts Endgültiges entschieden.

26) Schönke-Kuchinke § 73 I; Stein-Jonas Bem. III 2 vor § 300; Rosenberg-Schwab § 52 I 3 b

27) Baumach-Hartmann § 278 Anm.5 C c; NJW 1978, 1461

28) NJW 1977, S. 1901

7. Beispiel:

K klagt gegen B auf Rückzahlung von Darlehensvaluta. Er legt einen Darlehensvertrag mit dem Briefkopf einer X-OHG vor, der die Unterschrift des B und eines Dritten D trägt. B behauptet in der mündlichen Verhandlung, seine Unterschrift sei gefälscht und beantragt, dazu den Sachverständigen E als Graphologen zu hören.

K bestreitet dies, beantragt aber, dem B die Vorlegung des Gesellschaftsvertrages der X-OHG aufzugeben, aus dem hervorgehe, dass B und D die alleinigen Gesellschafter und D alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter gewesen seien. D habe auch im Namen der OHG gehandelt, wie aus dem Briefkopf des Darlehensvertrages deutlich werde. Deswegen sei auch B verpflichtet. B bestreitet nicht, dass er Gesellschafter gewesen sei, wohl aber, dass D alleinige Vertretungsmacht hatte. Im übrigen sei die Frage - so macht er geltend - auch gleichgültig, da er ja längst aus der Gesellschaft "ausgestiegen" sei, für deren Verbindlichkeiten also nicht mehr hafte.

Dass ein Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Haftung nicht beseitigt, ist dem B nicht bekannt²⁹.

Zur Klärung der Frage der Vertretungsmacht erlässt das Gericht nach § 425 einen Beweisbeschluss, der dem Beklagten B die Vorlage des Gesellschaftsvertrages auferlegt.

8. Beispiel³⁰:

Die K klagt gegen den Zahnarzt B auf Ersatz von Aufwendungen für erforderlich gewesene Heilbehandlungen bei anderen Ärzten, angemessenes Schmerzensgeld und Feststellung, dass B auch künftig Folgeschäden zu ersetzen habe. Sie behauptet, seit der Behandlung durch den Beklagten leide sie unter anhaltenden Schmerzen im Oberkiefer, die auf einen bei einer Zahnextraktion erfolgten Oberkieferbruch zurückzuführen seien. Der Beklagte behauptet, die Klägerin habe eine Neuralgie, die mit der von ihm durchgeführten Behandlung in keinem ursächlichen Zusammenhang stehe.

29) vgl. Baumbach-Duden § 128 A 5

30) nachgebildet nach BGH VersR 1963, 168 = NJW 1963, 389

K tritt gem. § 421 Beweis durch den Antrag an, dem Beklagten aufzugeben, die Krankenblätter vorzulegen. Der Beklagte geht davon aus, das Gericht werde dem Beweis Antrag nicht entsprechen, da - nach überwiegender Meinung der Rechtsprechung³¹ - ein Anspruch des Patienten gegen den behandelnden Arzt auf Herausgabe oder Vorlegung von Krankenpapieren und damit auch eine prozessuale Vorlegungspflicht gem. § 422 nicht bestehe, die Krankenpapiere vielmehr nur einem Sachverständigen zur Einsicht vorgelegt werden brauchen³².

Das Gericht bejaht ein Einsichtsrecht des Patienten aus § 81o BGB. Es folgt nicht der Meinung, Krankenakten werden nur als private Gedächtnisstütze des Arztes zur alleinigen, eigenen Verwendung angefertigt³³. Vielmehr erfülle der Arzt mit der Führung der Akten³⁴ auch eine Nebenpflicht gegenüber dem Kranken³⁴. Ein für das Vorlagerecht nach § 81o BGB erforderliches rechtliches Interesse des Patienten an der Einsicht sei damit zu bejahen. Dieser rechtlichen Überlegung folgend, gibt es dem Antrag der Klägerin durch den Erlass eines entsprechenden Beweisbeschlusses statt.

Auch der Beweisbeschluss ist eine prozessleitende Anordnung³⁵. Er enthält keine endgültige Entscheidung des Gerichts - "weder über die Erheblichkeit des Beweises, noch gar über die Beweislast"³⁶. Eine bindende Entscheidung über Erheblichkeit und Beweislast erfolgt vielmehr erst im Urteil³⁷. Der Beweisbeschluss selber

31) BGH aaO;
OLG Stuttgart NJW 58, 2119; Laufs NJW 75, 1435;
Erman-Hense § 81o RZ 4

32) Franzki-Franzki NJW 75, 2227; BGH NJW 63, 389

33) so aber § 8 der BerufsO für deutsche Ärzte

34) diese Meinung vertritt Daniels NJW 76, 348

35) vgl. nur Rosenbach-Schwab § 119 III 1;
Wieczorek § 36o Anm.A; Kuhnke, Der Beweisbeschluss DR 4o, 183

36) Blomeyer § 74 III 3

37) Stein-Jonas § 359 I 2

unterliegt einer jederzeitigen Abänderungsmöglichkeit. Baur³⁸ sieht in ihm "das Kernstück des Prozesses, weil er das Programm enthält, das das Gericht bei der Wahrheitserforschung einhalten will". Aber er ist eben nur ein Prozess p r o g r a m m und enthält keine dem Urteil vorgegreifende Entscheidung. Relevant für die Rechtsstellung der Parteien wird der Beweisbeschluss erst durch die Würdigung des Beweisergebnisses im Urteil.

Der Hinweis von Bischof³⁹, die Partei erhalte "gerade durch den Beweisbeschluss incidenter den Hinweis, wie das Gericht diesen Punkt rechtlich sieht", muss entgegen seiner Auffassung nicht unbedingt gegen eine Hinweispflicht sprechen. Zwar ist es zutreffend, dass eine Überraschung durch einen Beweisbeschluss nur begrenzt möglich ist, da durch die Notwendigkeit der Erheblichkeit und des Bestrittenseins der beweisbedürftigen Tatsachen die Parteien - und besonders ihre Anwälte - erkennen können, welche rechtlichen Gesichtspunkte das Gericht bei Erlass des Beweisbeschlusses seiner Überlegung zugrundegelegt hat. Denn durch den "klassischen" Beweisbeschluss (gibt das Gericht) zwar nicht die Rechtsansicht selbst, wohl aber die sich aus ihr ergebenden erheblichen Beweissätze⁴⁰ kund, aus denen die Rechtsansicht des Gerichts entschlüsselt werden kann. Bender⁴¹ bezeichnet das als Verschlüsselungssyndrom.

38) in Festschrift für Schima, S.62

39) NJW 1977, S. 1901

40) Bender-Belz-Wax RZ 38

41) Bender-Belz-Wax, aaO

Vor allem bei anwaltlich nicht vertretenen Parteien ist es jedoch denkbar, dass das Gericht seinem Beweisbeschluss rechtliche Erwägungen zugrunde legt, die von den Parteien übersehen oder verkannt werden. Da aber auch in diesem Fall der Beweisbeschluss keine endgültige Beeinträchtigung der prozessualen Stellung der Parteien bewirkt, braucht das Gericht die dem Beweisbeschluss zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen den Parteien auch nicht mitzuteilen. In unseren Beispielfällen Nr. 7 und 8 muss das Gericht weder den beklagten Arzt darauf hinweisen, Arztunterlagen seien nach Meinung des Gerichts als Urkunden im Beweisverfahren verwertbar, noch den beklagten ehemaligen Gesellschafter B darauf aufmerksam machen, dass auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft aufgrund des § 128 HGB seine Haftung für die Rückzahlung des Darlehens weiter besteht.

Wirken sich die dem Beweisbeschluss zugrunde liegenden rechtlichen Erwägungen auf die Endentscheidung aus, ist ein Hinweis vor Erlass der Endentscheidung erforderlich. Gibt das Gericht z.B. der Schadensersatzklage des K mit der Begründung statt, auf Grund der Arztunterlagen sei erwiesen, dass der Kieferbruch auf die Zanextraktion zurückzuführen sei, ist die Bejahung der materiell-rechtlichen Herausgabeverpflichtung aus § 810 BGB ein das Urteil stützender rechtlicher Gesichtspunkt im Sinne des § 278 III. Ebenso ist auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach § 128 HGB vor Erlass des Urteils hinzuweisen, sollte der Klage auf Grund dieser Norm stattgegeben werden.

Die **A b l e h n u n g** eines Beweisantrages auf Grund dem Beweisführer unbekannter oder verkannter rechtlicher Gesichtspunkte erfolgt dagegen nicht durch Beschluss, vielmehr wird darüber erst im Urteil entschieden⁴².

42) Tepplitzki JuS 1968, S. 76

9. Beispiel:

In einem Verfahren beantragt der Kläger die Vernehmung des Zeugen B zu der Frage, ob ein Vertrag zwischen Kläger und Beklagtem zustande gekommen sei. Das Gericht lehnt den Beweisantrag mit der Begründung ab, der Zeuge B sei wegen geistiger und körperlicher Gebrechen als Beweismittel völlig ungeeignet.

Die Ablehnung eines Beweisantrages ist in den Entscheidungsgründen zu begründen⁴³. Da jeder rechtliche Gesichtspunkt, der in die Entscheidungsgründe aufgenommen worden ist, das Urteil letztlich stützt, kommt auch den rechtlichen Erwägungen, die zur Ablehnung eines Beweisantrages führen, Entscheidungserheblichkeit im Sinne des § 278 III zu.

Bleibt ein Beweisantrag unbeachtet, weil er z.B. wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt wird⁴⁴, ist darauf vor Erlass des Urteils hinzuweisen.

43) Tepplitzki, aaO

44) vgl. dazu Thomas-Putzo § 284 Anm.3; Stein-Jonas § 284 B III 2 b

VII. Exkurs: Die Hinweispflicht im schriftlichen Verfahren nach § 128 II

1. Meinungen in der Literatur

Ob im schriftlichen Verfahren nach § 128 II dem Gericht eine Hinweispflicht obliegt, begegnet aufgrund der systematischen Stellung des § 278 III in der Vorschrift über den Haupttermin Bedenken.

Putzo¹ betont denn auch, "die Plazierung in § 278 (sei) denkbar unglücklich; denn es ist vom Gesetzgeber sicher gewollt, dass die Hinweispflicht nicht nur im Haupttermin gilt, sondern im gesamten Urteilsverfahren, auch ... im schriftlichen Verfahren (§ 128 II).".

Franzki² spricht sich beim schriftlichen Verfahren für eine Anwendung des § 139 I in einer "dem § 278 III angenäherten Auslegung" aus, woraus ersichtlich wird, dass er § 278 III mangels Haupttermin nicht direkt für anwendbar hält. Bischof³ wirft den für den Gesetzestext Verantwortlichen vor, "sehenden Auges einen unrichtigen, zumindest unvollständigen Gesetzeswortlaut formuliert" zu haben. Aus den Unterlagen des Rechtsausschusses werde deren Wille deutlich, die Hinweispflicht auf den Verfahrensgang ausserhalb des Haupttermins zu erstrecken. Bischofs Kritik bezieht sich auf die vom Rechtsausschuss geforderte Einbeziehung des frühen ersten Termins in den Geltungsbereich des § 278 III.

2. Stellungnahme des Gesetzgebers

Aus den Gesetzesmaterialien geht aber nicht hervor, ob der Gesetzgeber die Hinweispflicht auch für das schriftliche Verfahren hat festlegen wollen. Die Argumentation des Rechtsausschusses spricht eher dagegen, wenn es heisst: "Die Einordnung der hierzu

1) NJW 1977, 3 und in seinem Referat auf dem 39. Deutschen Anwaltstag 1977, AnwBl 1977, S. 433

2) DRiZ 1977, 164

3) NJW 1977, 1902

nunmehr vorgesehenen gesetzlichen Regelung in den vorgeschlagenen § 278 geht dabei davon aus, dass der Schwerpunkt der mündlichen Verhandlung im allgemeinen im Haupttermin liegen wird. Selbstverständlich ist der neue § 278 III auch ausserhalb des Haupttermins zu beachten, insbesondere in dem frühen ersten Termin des neuen § 275, wenn die mündliche Verhandlung bereits in diesem Stadium des Verfahrens geschlossen werden kann"⁴.

Diese Ausführungen legen - wie schon für das Beschlussverfahren unter VI 2 b angedeutet wurde - nahe, in der mündlichen Verhandlung eine Voraussetzung für die Hinweispflicht zu erblicken.

3. Eigene Stellungnahme

Aus den zum Beschlussverfahren ohne mündliche Verhandlung angestellten Überlegungen folgt auch die Antwort auf die Frage, ob die Hinweispflicht im schriftlichen Verfahren nach § 128 II Geltung beansprucht.

a) Verstärkter Schutz der Parteien im schriftlichen Verfahren

Die Parteien sind im Verfahren ohne mündliche Verhandlung der Gefahr einer Überraschungsentscheidung eher noch stärker ausgesetzt, als im mündlichen Verfahren. Die Stellungnahme zu entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkten kann im schriftlichen Verfahren nicht so selbstverständlich erfolgen, wie in einer mündlichen Verhandlung, in der die unmittelbare Beteiligung der Parteien eine ständige Erörterung auch der Rechtsfragen weit besser ermöglicht.

4) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

Die mündliche Verhandlung erleichtert die Aufklärung des Streitstoffes, weil in ihr durch "Rede und Gegenrede"⁵, Frage und Antwort, Wesentliches von Unwesentlichem⁶ geschieden und Widersprüche und Unklarheiten im Vortrag beseitigt werden können⁷.

Fezer⁸ hat nachgewiesen, dass die spannungsreichen Beziehungen zwischen den Parteien - die dem Prozess immanenten Gegensätze - dem Erkenntnisvorgang erst nutzbar gemacht werden können, wenn sich die Verhandlung mündlich abspielt⁹. Gerade die unmittelbare Beteiligung der Parteien in der mündlichen Verhandlung ist entscheidende Voraussetzung für den dialektischen Prozess der Wahrheitsfindung. Sie fehlt im schriftlichen Verfahren. Der dialektische Erkenntnisvorgang kann mangels Mündlichkeit nicht zur Entfaltung gelangen.

Aufgrund dieses Nachteils im schriftlichen Verfahren ist es besonders notwendig, die Parteien durch Schriftsatz auf entscheidungserhebliche Gesichtspunkte hinzuweisen, die sie im Hinblick auf ihre Ausführungen in den Schriftsätzen womöglich übersehen haben.

Insoweit kann für den Anwendungsbereich des § 278 III nichts anderes gelten, wie für den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, bei dem auch nicht zwischen mündlichem und schriftlichem Verfahren differenziert wird¹⁰. Dies

5) Jauernig § 27 II

6) Stein-Jonas Anm. VIII 1 vor § 128

7) Rosenberg-Schwab § 80 III 2; Schönke-Kuchinke § 8 IV 1;

8) Die Funktion der mündlichen Verhandlung, S. 30 ff

9) Ebenso Möhring-Nirk in 25 Jahre Bundesgerichtshof, 305

10) BVerfGE 11, 234; 34, 7 zu § 118 II 1 VWGO; 36, 87 zu § 573 ZPO; BGHZ (GrS) 13, 270; Schwartz S. 36 m.w.N.

gilt umso mehr, wenn man § 278 III als verfahrensmässige Konkretisierung dieses Grundsatzes begreift¹¹.

b) Geltung der Präklusionsvorschriften im schriftlichen Verfahren

Ebenso spricht der dem § 278 III innewohnende Gedanke einer Rechtfertigung der Präklusionsvorschriften¹² für eine Hinweispflicht im schriftlichen Verfahren, denn den Parteien obliegt auch hier eine Prozessförderungspflicht. Obwohl § 282 I auf das Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln in der mündlichen Verhandlung abstellt, soll die Norm nach dem Willen des Gesetzgebers¹³ entsprechend anzuwenden sein, "soweit ein schriftliches Verfahren nach § 128 II, III an die Stelle der grundsätzlich vorgesehenen mündlichen Verhandlung tritt. Verspätetes Vorbringen kann dann nach § 296 II zurückgewiesen werden".

Die Grundüberlegung des Gesetzgebers, Präklusionsvorschriften können mit Berechtigung vom Gericht nur angewendet werden, wenn es seine Aufklärungspflicht auch nach der rechtlichen Seite nicht vernachlässigt¹⁴, muss konsequenterweise auch im Verfahren nach § 128 II Geltung beanspruchen. Sieht man in der Hinweispflicht die Legitimation¹⁵ für die auf Beschleunigung zielende Verschärfung der Regeln über den Ausschluss verspäteten Vorbringens, kann dieser Legitimation im schriftlichen Verfahren keine mindere Bedeutung zugemessen werden, als im Verfahren mit mündlicher Verhandlung.

11) vgl. dazu unter XIII 1

12) vgl. dazu unter V 1 d und XX

13) BT-Drucks. 7/2729 S. 73; vgl. dazu Kramer NJW 1978,

14) BT-Drucks. 7/5250 S. 5

1414

15) so Hinz NJW 1976, S. 1188

c) Berücksichtigung des funktionalen Zusammenhangs zwischen schriftlichem Verfahren und mündlicher Verhandlung

Es kann für die Hinweispflicht auch keinen Unterschied machen, ob die Entscheidung letztlich allein auf Grund des schriftlichen Verfahrens oder auf Grund schriftlichen Verfahrens u n d mündlicher Verhandlung ergeht.

Das schriftliche Verfahren kann in jedem Stadium des Urteilsverfahrens stattfinden. Es kann dem Haupttermin vorangehen oder ihm nachfolgen¹⁶. So ist gem. § 128 II 3 ein Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen, wenn die Entscheidung im schriftlichen Verfahren nicht innerhalb von 3 Monaten seit Zustimmung der Parteien ergeht. An eine mündliche Verhandlung kann sich ein schriftliches Verfahren anschliessen, wenn die Beibringung von Behauptungen der Parteien, Beweis- und Sachanträge, ein schriftliches Verfahren empfehlenswerter erscheinen lassen als eine mündliche Verhandlung¹⁷.

In diesen Fällen findet § 278 III direkte Anwendung, da die Entscheidung auf eine mündliche Verhandlung erfolgt.

Die ständige Möglichkeit eines Übergangs der mündlichen Verhandlung in ein schriftliches Verfahren und umgekehrt verdeutlicht, dass die beiden Verfahrensarten - auch im Hinblick auf § 278 III - nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Sie bilden für

16) Putzo NJW 1977,4; Jauernig § 70 II

17) Stein-Jonas, § 128 X 1c

die Entscheidungsfindung einen sich gegenseitig ergänzenden Verfahrensgang. Eine Ausgrenzung des § 278 III aus dem schriftlichen Verfahren ist deswegen nicht gerechtfertigt.

VIII. Die Nichtberücksichtigung von Nebenforderungen

1. Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren

Die Hinweispflicht bezieht sich nicht auf Nebenforderungen. Während der Gesetzentwurf des Rechtsausschusses¹ diese Eingrenzung nicht enthielt, findet sie sich zum ersten Mal in dem Formulierungsvorschlag, der dem Antrag Bayerns² an den Bundesrat zugrunde lag, nach Art. 77 II GG den Vermittlungsausschuss anzurufen. Der Bundesrat³ übernahm den Formulierungsvorschlag Bayerns in unveränderter Fassung für die Anrufung des Vermittlungsausschusses. Er betonte die mit der weiten Fassung der Vorschrift verbundene Gefahr, dass das Gericht gezwungen werde, "zahlreiche entbehrliche Hinweise zu protokollieren und in vielen Fällen eine bereits geschlossene mündliche Verhandlung zu einem späteren Termin wiederaufzunehmen"⁴.

Im Vermittlungsausschuss^{4a} wurde an der Nichtberücksichtigung von Nebenforderungen festgehalten. Der Bundestag hat sich in seinem Gesetzesbeschluss vom 10. 11. 1976 dem angeschlossen⁵.

2. Problemstellung

Zu untersuchen ist, nach welchen Merkmalen eine "Nebenforderung" i.S.d. § 278 III zu bestimmen ist.

1) BT-Drucks. 7/5250 S. 35

2) BR-Drucks. 386/3/76

3) BR-Drucks. 386/76 = BT-Drucks. 7/5499 S. 1

4) aaO

4a) BT-Drucks. 7/5565

5) 258. Sitzung vom 10.11.1976, Sten.Prot. S. 18547 B

1. Beispiel⁶:

B stahl am 1.2.1975 die wertvolle Barockuhr des A, die einen Wert von 5.000 DM hatte. A klagt gegen B auf Schadensersatz in Höhe von 5.000 DM zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 1.3.1975. Die Klage wurde dem B am 1.2.1976 zugestellt. Im Prozess beruft sich A darauf, er habe den B durch Mahnung vom 1.3.1975 in Verzug gesetzt und könne somit Verzugszinsen seit diesem Zeitpunkt verlangen. B bestreitet, dass A ihn gemahnt habe.

Das Gericht gibt der Klage in vollem Umfang statt. Dass der Beklagte zur Zahlung von Zinsen seit dem 1.3.1975 verpflichtet sei, ergebe sich zwar nicht aus § 288 BGB, da eine Mahnung und somit ein Verzug nicht hinreichend nachgewiesen sei. Wohl aber sei der Zinsanspruch aus § 849 BGB begründet. Danach beginnt die Zinspflicht bereits im Zeitpunkt des Schadenseignisses.

2. Beispiel:

Angenommen, der Klage des A auf Schadensersatz wurde schon rechtskräftig stattgegeben. Er klagt nun gegen B auf Zahlung der 4 % Zinsen seit dem 1.3.1975. Der Beklagte bestreitet die Mahnung. Das Gericht gibt der Klage mit derselben Begründung wie in Bsp.1 statt.

3. Beispiel:

A klagt gegen B auf Herausgabe eines Fernlastzuges und der Nutzungen im Wert von 2.000 DM, die B nach Rechtshängigkeit durch weiteren Gebrauch gezogen hat. In der Verhandlung werden nur Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 985, 987 BGB) angesprochen, doch weist das Gericht darauf hin, dass eine Herausgabe des Lastzuges auch unter dem Gesichtspunkt des § 812 BGB in Frage kommen kann. Der Klage wird in vollem Umfange stattgegeben. Zwar seien nach Meinung des Gerichts Ansprüche aus §§ 985, 987 BGB nicht gegeben, da A den Lastzug wirksam übereignet habe. Dem Anspruch sei jedoch aus § 812 I BGB stattzugeben gewesen, da der dinglichen Übereignung kein wirksamer Kaufvertrag zugrunde gelegen habe. A sei zu dieser Zeit geschäftsunfähig gewesen. Die Nutzungen könne A nach § 818 I, II BGB herausverlangen.

6) frei nachgebildet nach BGH NJW 1965, S. 392

4. Beispiel:

In Beispiel 3 beträgt der Wert des Lastzuges wegen seines Alters nur 5.000 DM, die gezogenen Nutzungen erreichen wegen des übermässigen Gebrauchs einen kapitalisierten Wert von 6.000 DM.

5. Beispiel⁷:

A wurde von B ohne Grund auf der Strasse zusammengeschlagen, wobei er ein Auge verlor und schwere weitere Verletzungen davontrug. B wurde im Strafverfahren wegen dieser Tat zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt; dem Verfahren war A als Nebenkläger beigetreten.

Anschliessend klagt A gegen B auf 20.000 DM Schadensersatz (Arztkosten), eine kapitalisierte Geldrente in Höhe von 60.000 DM wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und auf Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 DM.

Das Landgericht gibt dem Schadensersatz- und Geldrentenanspruch in vollem Umfang statt, dem Anspruch auf Schmerzensgeld jedoch nur in Höhe von 5.000 DM. Aus den Gründen geht hervor, dass nach Meinung des Gerichts die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes keine Berücksichtigung finden konnte, sondern nur die Ausgleichsfunktion, was den Anspruch erheblich mindere. Dem Kläger sei für das ihm zugefügte Unrecht bereits durch die Verurteilung des B zu einer 4-jährigen Freiheitsstrafe Genugtuung geschehen, worauf A als Nebenkläger mitgewirkt habe. Ein Schmerzensgeldanspruch von mehr als 5.000 DM sei daher nicht gerechtfertigt.

In den Beispielsfällen 1 - 4 unterliess das Gericht einen Hinweis auf entscheidungserhebliche rechtliche Gesichtspunkte, die die geltend gemachten Zinsen und Nutzungen betreffen. Es handelt sich hier um Forderungen, die aus einem Hauptanspruch entstanden sind und deren Entstehung von der Existenz eines Hauptanspruches abhängig ist⁸. Die Besonderheit in Beispiel 2 besteht darin, dass der ursprünglich von einem Haupt-

7) frei nachgebildet nach OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1289

8) vgl. Palandt-Heinrichs § 246 Anm.2; Palandt-Bassen-ge Vorbem. 1 a cc zu § 987; Erman-Sirp § 246 Anm.6; Erman-Hefermehl Vorbem. 2 zu § 987

anspruch (Schadensersatz) abhängige Anspruch auf Zinszahlung selbständig im Prozess geltend gemacht wird, nachdem über den Hauptanspruch bereits rechtskräftig entschieden worden ist. In Beispiel 4 kommt dem wirtschaftlichen Wert des Nutzungsersatzes eine nicht nur gleichrangige, sondern grössere Bedeutung zu, als dem eigentlichen Hauptanspruch auf Herausgabe.

In Beispiel 5 überrascht das Gericht mit einer Rechtsansicht zum Schmerzensgeldanspruch, der zwar mit den anderen Ansprüchen durch einen gemeinsamen Lebenssachverhalt verbunden, jedoch sachlich-rechtlich von diesen völlig unabhängig ist. Der geltend gemachte Betrag steht aber weit hinter den übrigen Forderungen zurück.

Die Beispiele verdeutlichen, dass der Begriff "Nebenforderung" sowohl unter rechtlichen, wie auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gedeutet werden kann. So kann die Eigenart einer Nebenforderung allein in dem rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis zu einem Hauptanspruch erblickt und der wirtschaftlichen Bedeutung keine Rolle beigemessen werden. Das würde bedeuten, dass in den Beispielen 1 - 4 auf Grund der Abhängigkeit des Zinsanspruchs und des Anspruchs auf Nutzungsherausgabe (§ 818 I) vom Schadensersatz- bzw. Bereicherungsanspruch jeweils eine Nebenforderung vorliegt.

Eine Besonderheit liegt vor in Beispiel 2. Auch hier werden Zinsen eingeklagt, deren rechtlicher Bestand von einem Hauptanspruch abhängig ist. Es stellt sich aber das Problem, wie sich die selbständige prozessuale Geltendmachung der Zinsen auf ihre Qualifizierung als Nebenforderung auswirkt.

Da eine wirtschaftliche Betrachtung keine Berücksichtigung finden darf, ist es gleichgültig, dass in Beispiel 4 der wirtschaftliche Wert des Anspruchs auf Nutzungsherausgabe über dem des Hauptanspruchs liegt. Er bleibt Nebenforderung. In Beispiel 5 wäre der Schmerzensgeldanspruch keine Nebenforderung, da er in seinem Bestand nicht von einem Anspruch aus § 823 BGB oder § 843 BGB abhängig ist⁹.

3. Herausarbeitung der massgeblichen Ansatzpunkte
für die Bestimmung einer Nebenforderung i.S.d.
§ 278 III

a) Zu überlegen ist, ob der ZPO ein *e i n h e i t -*
l i c h e r Begriff der Nebenforderung zugrunde
liegt, der auch auf § 278 III Anwendung findet.

Die ZPO gebraucht den Begriff "Nebenforderung" nicht nur in § 278 III, sondern auch an anderer Stelle - so in den §§ 4 I 2 HS, 264, 308, 321 (hier: Nebenanspruch), 605 und 873. Er findet sich auch in § 22 GKG. Eine allgemeingültige Definition ergibt sich aus der ZPO aber nicht¹⁰.

Das Gesetz zählt in § 4 I 2. HS Früchte, Nutzungen, Zinsen und Kosten auf, die "als Nebenforderung geltend gemacht werden" können. § 308 spricht beispielhaft von "Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen", § 873 von "Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen".

Aus der gesetzlichen Terminologie ergeben sich für die h.M.¹¹ folgende Abgrenzungskriterien:

9) vgl. Erman-Drees § 847 RZ 2

10) vgl. Stein-Jonas § 4 II; Brox Rpfleger 67, 351

11) Baumbach-Hartmann § 4 Anm. 3A; Thomas-Putzo § 4 Anm. 2; Stein-Jonas § 4 II

1) materiell-rechtlich zeigen die von der ZPO beispielhaft genannten Nebenforderungen, dass ihr Entstehungsgrund in einem Hauptanspruch seine Wurzel finden, d.h. davon abhängig¹² sein muss. Erforderlich ist ein "für das betreffende Rechtsverhältnis wesentlicher Anspruch"¹³. Das Entstehen der Nebenforderung muss durch einen eigenen Tatbestand (Verzug, Rechtshängigkeit etc.) normiert sein, der seinerseits an das Bestehen eines Hauptanspruchs anknüpft¹⁴.

2) Daneben ist erforderlich, dass die materiell-rechtliche Nebenforderung im Prozess auch als Nebenforderung geltend gemacht wird, d.h. das für das Entstehen notwendige Abhängigkeitsverhältnis muss auch im Prozess fortbestehen¹⁵. Die Forderung muss zusammen mit einer Hauptforderung Gegenstand des Klagebegehrens sein¹⁶. Wird sie nicht als Nebenforderung im Prozess geltend gemacht, werden z.B. Zinsen eines anderen als des eingeklagten Kapitals gefordert¹⁷, oder sogar selbständig eingeklagt¹⁸, bleiben die Zinsen materiell-rechtliche Nebenforderung. Prozessual sind sie jedoch nicht Neben- sondern Hauptforderungen.

12) RGZ 19, 419; 55, 82; 60, 114; BGH VersR 1976, 478

13) Stein-Jonas § 4 II

14) Brox Rpfleger 1967, 351; Rosenberg-Schwab § 32 IV 3 b

15) Stein-Jonas § 4 III 1

16) Brox Rpfleger 1967, 353; v. Lübtow NJW 1958, 2041 m.w.N.

17) Baumbach-Hartmann § 4 Anm.3 A; RGZ 60, 115

18) vgl. Bsp. 2 und RGZ 47, 259

Bei dieser Begriffsbestimmung im Sinne der Terminologie der ZPO würden sich Nebenforderungen im Sinne des § 278 III nicht auf die in den §§ 4 I 2.HS, 308 aufgeführten Beispiele beschränken. A l l e Forderungen, die den Kriterien von Ziffer 1 genügen, nicht aber in den §§ 4 Abs.1 2.HS, 308 beispielhaft aufgeführt werden, wären Nebenforderungen im Sinne des § 278 III, soweit sie nur mit dem Hauptanspruch eingeklagt werden¹⁹.

Würde sich die Auslegung des § 278 III an den oben dargestellten Begriffsbestimmungen orientieren, müsste in Beispiel 2 eine Hinweispflicht auf § 849 BGB bejaht werden, da die Zinsen nicht als Nebenforderung geltend gemacht werden, sondern einen Hauptanspruch bilden. Dagegen könnte in Beispiel 1 und 3 ein Hinweis auf § 849 BGB, bzw. auf § 818 I, II BGB unterbleiben.

In Beispiel 5 wäre ein Hinweis auf die rechtlichen Gesichtspunkte des Schmerzensgeldanspruchs erforderlich, weil dieser in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Hauptanspruch steht. Da wirtschaftliche Überlegungen keinerlei Berücksichtigung finden, ist es auch unerheblich, wenn der wirtschaftliche Wert der Nebenforderung dem der Hauptforderung nahekommmt oder diesen sogar übersteigt (so in Beispiel 4).

Eine sich an der gesetzlichen Terminologie der ZPO orientierende Auslegung des Begriffs "Nebenforderung" für § 278 III hat somit den Vorteil, e i n h e i t l i c h e Abgrenzungskriterien an die Hand zu geben.

b) Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht für eine der allgemeinen Terminologie der ZPO entsprechende Auslegung. In den Gründen des Bundesrats zur

19) z.B. Zubehör (§ 97 BGB), Draufgabe (§ 337 BGB) und die Nebenleistungen der §§ 507, 1115, 1158 BGB

Anrufung des Vermittlungsausschusses heisst es²⁰:

"Schliesslich sollte die Hinweispflicht auf den Hauptanspruch beschränkt werden; für Zinsen, Kosten und vorläufige Vollstreckbarkeit ist eine über § 139 ZPO hinausgehende Regelung nicht erforderlich".

Der Berichterstatter des Vermittlungsausschusses, der Abgeordnete Jahn, führte als Begründung für den Formulierungsvorschlag des Vermittlungsausschusses an²¹:

"Schliesslich sollte die Hinweispflicht auf den Hauptanspruch beschränkt bleiben: für Zinsen und vorläufige Vollstreckbarkeit sah der Bundesrat eine über § 139 der Zivilprozessordnung hinausgehende Regelung als nicht erforderlich an. Der Antrag des Vermittlungsausschusses macht sich diesen zweiten Gesichtspunkt zu eigen und nimmt die Nebenforderung aus der Hinweispflicht aus".

Der Vermittlungsausschuss hat sich somit nicht nur in der Formulierung, sondern auch in der Begründung voll dem Bundesrat angeschlossen. Die dortige Bezugnahme auf den Hauptanspruch, sowie die Aufzählung von Zinsen und Kosten deuten auf ein Verständnis im Sinne der allgemeinen Terminologie der ZPO hin²². Die Einschränkung sollte den Anwendungsbereich auf das sachlich Notwendige beschränken und unnötige Erschwerungen und Verzögerungen des Verfahrens, die bei einer zu weiten Fassung des § 278 III eintreten würden, vermeiden²³.

20) BR-Drucks. 386/76 S.2 = BT-Drucks. 7/5499 S.1

21) Sten.Prot.258.Sitzung des BT am 10.11.1976
S. 18547 B

22) so auch Franzki DRiZ 77, 164 und Baumbach-Hartmann
§ 278 Anm. 5 C d

23) BR-Drucks. 386/76 S.1

c) Wirtschaftliche Betrachtungsweise von Nebenforderungen

aa) Literaturmeinung

Demgegenüber gibt es Stimmen²⁴, die eine Auslegung im Sinne der Terminologie der ZPO verneinen und einer wirtschaftlichen Deutung das Wort reden. Schneider begründet das mit dem Argument, die Parteien sollen vor "erheblichen Schäden durch eine Überraschungsentscheidung"²⁵ bewahrt werden. Die Nebenforderung in § 278 III sei dahin zu verstehen, "dass es sich um einen Punkt handeln muss, dessen Erörterung gewissermaßen nicht lohnt"²⁶. Er schlägt vor, einen Hinweis zu geben, wenn es sich um rechtliche Gesichtspunkte einer Forderung handelt, "die mehr als 10 % des restlichen Streitgegenstandes ausmacht"²⁷. Bauer^{27a} betrachtet Teilansprüche "bis zum Betrag von 10 % des Gesamtstreitwertes immer, bis zum Betrag von etwa 15 % in der Regel als geringfügig", so dass sie als Nebenforderung beurteilt werden können.

Bender fordert, "alle Einzelposten, die -wirtschaftlich betrachtet- neben der 'Hauptforderung' nicht zu sehr ins Gewicht fallen"²⁸, zu den Nebenforderungen zu zählen. Für die Bemessung dessen, was "nicht zu sehr ins Gewicht fällt", werden von ihm folgende Kriterien genannt²⁹:

1. die absolute Höhe des Betrages, der auf den oder die mehreren Einzelposten entfällt und die Bedeutung des Betrages für die Parteien (Nebenforderung)
2. die Relation dieses Betrages zum insgesamt eingeklagten Betrag (Gesamtsumme)
3. die Zahl von Einzelposten mit kleinen Beträgen (und dem entsprechend grossen Aufwand, der mit einer umfassenden Aufklärung verbunden wäre).

24) Schneider MDR 1977, 3; 884; NJW 1977, 1442; Wenzel Arbeit und Recht 1977, S.263; Bender-Belz-Wax RZ 118; Bauer NJW 1978, 1238; Thomas-Putzo § 278 Anm.3 e

25) MDR 1977, 3

26) MDR 1977, 884; ebenso Thomas-Putzo § 278 Anm.3 e

27) Schneider, aaO, S. 885

27a) NJW 1978, 1239

28) Bender-Belz-Wax RZ 118

29) Bender-Belz-Wax aaO

Um als Nebenforderung qualifiziert werden zu können, setzt er die Relation des Betrages zum insgesamt eingeklagten Betrag zwischen 5 % und 20 % fest, "je nachdem, ob die Faktoren 1 und 3 nach oben oder unten tendieren"³⁰.

bb) Eigene Stellungnahme

Der Ansatzpunkt dieser Autoren hat den Vorteil, die wirtschaftliche Bedeutung des Prozesses für die Parteien in den Vordergrund zu stellen und zu berücksichtigen, dass Nebenforderungen im rechtlichen Sinn ein erheblich grösseres wirtschaftliches Gewicht zukommen kann, als den eigentlichen Hauptforderungen (vgl. Beispiel 4). Bei § 4 I 2.HS wird denn auch gerügt³¹, dass er der wirtschaftlichen Bedeutung von Nebenforderungen nicht gerecht wird. Der BGH³² betonte ausdrücklich die wirtschaftliche Bedeutung von Zinsen aus einem nicht oder nicht mehr im Streit stehenden Hauptanspruch für die Rechtsmittelsumme, wenn nur noch ein Teil des Hauptanspruchs anhängig ist. Die Zinsen seien Hauptforderungen und nach § 4 I 2.HS zu berücksichtigen.

Der wirtschaftlichen Auslegung stehen jedoch - neben der Entstehungsgeschichte des § 278 III - erhebliche Bedenken gegenüber.

Sie kann eine erhebliche Beschränkung der Hinweispflicht bewirken. Eine Erweiterung zur rechtlichen Auslegung findet sich nur dort, wo die bloss wirtschaftliche Bedeutung einer rechtlichen Nebenforderung eine Hinweispflicht begründet (so in Beispiel 4). In den Fällen, in denen sich der prozessuale

30) aaO

31) Brox Rpfleger 67, 357

32) BGHZ 26, 177. In dem Fall betrugen die Zinsen der nicht mehr anhängigen Hauptforderung DM 174.780. Demgegenüber machte die anhängige Hauptforderung nur DM 29.425 aus; a.A.v. Lübtow NJW 1958, 2042: auch hier bleiben die Zinsen Nebenforderung

Anspruch aus verschiedenen Einzelposten zusammengesetzt, die *n i c h t* rechtlich voneinander abhängig sind, würde eine wirtschaftliche Deutung dagegen die Parteien erheblich benachteiligen.

6. Beispiel:

B klagt in einem Bauprozess ein:

1. Schadensersatz für Mängel am Bauwerk in Höhe von	30.000 DM
2. Schadensersatz für zerstörte Inneneinrichtung in Höhe von	20.000 DM
3. Ersatz für Personenschaden im Wert von	7.000 DM
4. Ersatz für ein Gutachten in Höhe von	3.000 DM
5. Insgesamt beträgt der eingeklagte Betrag (Gesamtsumme)	60.000 DM =====

Daraus ergibt sich:

Posten 4 (Teilbetrag) steht zu	3.000 DM
Posten 5 (Gesamtsumme)	60.000 DM
in einem Verhältnis von 5 %.	

Wirtschaftlich gesehen wäre die Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten nach der Meinung von Schneider, Bauer und Bender Nebenforderung. Das Gericht träge keine Hinweispflicht auf rechtliche Gesichtspunkte dieses Einzelpostens. Die rechtliche Auslegung würde dagegen eine Hinweispflicht zur Folge haben.

Das Beispiel verdeutlicht, dass die wirtschaftliche Beurteilung die Gefahr erhöhen kann, eine Partei bei der rechtlichen Beurteilung einzelner Anspruchsposten zu überraschen. Die Befreiung des Gerichts von der Hinweispflicht wird auf das Gebiet der *n i c h t* rechtliche Nebenforderungen erweitert. Im Ergebnis wird so dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt, in den Fällen, in denen zahlreiche kleinere Einzelposten gleichzeitig eingeklagt werden, sich auszusuchen, wo es die Hinweispflicht unterlässt, um dem Aufwand, der mit einer Aufklärung verbunden ist, aus dem Weg

zu gehen³³. Dies kann zu einer erheblichen Unsicherheit bei den Parteien führen. Sie wissen nicht, bei welchen Einzelposten sie mit einem Hinweis rechnen können, und wo er unterbleiben kann. Darüberhinaus wird diejenige Partei bevorzugt, die ihre Posten getrennt einklagt. Diese ist vor Überraschungsentscheidungen gesichert.

Die von Bender vertretene Festsetzung der Relation von 5 % bis 20 % des geltend gemachten Nebenbetrages zum insgesamt eingeklagten Betrag für dessen Beurteilung als "Nebenforderung" enthält im übrigen keine klaren Massstäbe. Die blosse Grössenordnung des Teil- zum Gesamtbetrag sagt noch wenig über dessen wirtschaftlichen Wert für die Partei aus. Aber auch ein allgemeingültiger Prozentsatz für die Abgrenzung - wie ihn Schneider und Bauer vertreten - lässt sich schwerlich festsetzen³⁴. Für eine "arme" Partei, die in einem "lebenswichtigen" Prozess 60.000 DM einklagt, von dessen Ausgang ihr weiteres Auskommen abhängt, hat eine Nebenforderung von 3.000 DM eine grössere Bedeutung, als für eine Partei, die genau den gleichen Betrag geltend macht, aber auf diesen wirtschaftlich nicht in gleichem Masse angewiesen ist.

Bender³⁵ will diese Unbilligkeit durch eine entsprechende Variierung des Prozentsatzes im Verhältnis Teil-Gesamtbetrag berücksichtigen. Je grösser die Bedeutung der Nebenforderung für die Partei ist, desto niedriger soll der Prozentsatz des Teilbetrages zum eingeklagten Gesamtbetrag festgesetzt werden. Das würde für

33) nach Bender-Belz-Wax RZ 118 kann der Betrag einer Nebenforderung i.S.d. § 278 III umso höher angesetzt werden, je grösser die Zahl der Einzelposten mit kleinen Beträgen ist.

34) darauf weist zutreffend Franzki DRIZ 1977, 164 hin;

35) Bender-Belz-Wax RZ 118

unser Beispiel Nr. 6 bedeuten, dass je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der 3.000 DM (5 % zum Gesamtbetrag) an eine "arme" Partei ein Hinweis zu erfolgen hätte, im übrigen nicht.

Sicherlich ist es richtig, bei der Berechnung sich nicht auf ein starres Verhältnis des Teilbetrages zur Gesamtforderung zu beschränken und unabhängig von den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien einen allgemein gültigen Prozentsatz festzulegen. Denn das hat mit einer "wirtschaftlichen Auslegung" nichts mehr zu tun und führt zu grob unbilligen Ergebnissen, da die individuelle wirtschaftliche Lage nicht berücksichtigt wird.

Aber auch eine Variierung zwischen 5 % und 20 % zum Gesamtbetrag je nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Nebenbetrages für die Partei erscheint bedenklich. Ein Teilbetrag, der nur 3 % des Gesamtbetrages ausmacht, kann für eine Partei von grösstem wirtschaftlichem Gewicht sein. Dagegen kann für eine -wohlhabende- Partei ein Teilbetrag von 30 % wirtschaftlich ohne Bedeutung sein, da Einkommen und Gesamtforderung entsprechend hoch sind. Gleichwohl müsste nach Bender ein Hinweis nur im letzteren Fall erfolgen.

Auf der anderen Seite muss sich die wirtschaftliche Beurteilung aber -zumindest auch- am konkreten Verfahren orientieren. Denn der Begriff "Nebenforderung" - auch in seiner wirtschaftlichen Auslegung - nimmt Bezug auf einen Hauptanspruch und darf nicht isoliert vom übrigen Klagebegehren interpretiert werden. Warum die Relation des Teil- zum Gesamtbetrag nun aber genau zwischen 5% und 20 % liegen muss, lässt sich nur mit blossen Zweckmässigkeitserwägungen begründen.

Darüberhinaus besteht bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Gefahr, dass die Gerichte unterschiedliche Grenzwerte für die Relation der Neben- zur Gesamtforderung entwickeln. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge.

Des weiteren kann das Gericht bei der wirtschaftlichen Betrachtung einer Teilforderung gezwungen werden, umfangreiche Erhebungen zur Feststellung der wirtschaftlichen Bedeutung anzustellen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Partei unklar sind. Gerade das spricht jedoch gegen den Willen des Gesetzes. Ein sofortiger Hinweis würde die Gefahr einer Verzögerung des Verfahrens gar nicht erst aufkommen lassen.

Unter Berücksichtigung des grundsätzlich positiven Ansatzpunktes einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise führen diese Überlegungen zu dem Vorschlag, die wirtschaftliche Betrachtungsweise **n u r** bei **r e c h t l i c h e n** Nebenforderungen anzuwenden. Sie verlangt dort Beachtung, wo die wirtschaftliche Bedeutung einer rechtlichen Nebenforderung der des Hauptanspruchs nahekommmt oder ihn sogar übersteigt. In Beispiel 4 muss somit ein Hinweis an die Partei ergehen.

Ist die rechtliche Nebenforderung auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten Nebenforderung, hat ein Hinweis zu unterbleiben (so in Beispiel 1 und 3).

Dort, wo eine rechtliche Nebenforderung **n i c h t** vorliegt, ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise generell abzulehnen. Sie bewirkt eine Beeinträchtigung der verfahrensrechtlichen Position der Parteien, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.

In Beispiel 5 und 6 hat das Gericht auf die rechtlichen Gesichtspunkte des Anspruchs auf Schmerzensgeld, wie auch auf die rechtlichen Gesichtspunkte des Anspruchs auf Erstattung der Gutachterkosten hinzuweisen.

IX. Das Verkennen der Rechtslage

1. Die Fehleinschätzung der Prozesslage

a) Problemstellung

Eine weitere Eingrenzung der Hinweispflicht folgt direkt aus dem Parteiverhalten: Nur derjenigen Partei ist Gelegenheit zur Äusserung zu geben, die den betreffenden rechtlichen Gesichtspunkt "erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat".

Damit setzt die Hinweispflicht eine Fehleinschätzung der Prozesslage¹ voraus. Aber nicht die blosse Fehleinschätzung führt schon zu einer Hinweispflicht, hinzukommen muss vielmehr auch deren Erkennbarkeit für das Gericht.

Diese Eingrenzung ist nach der Grundüberlegung, Überraschungsentscheidungen zu vermeiden, konsequent. Eine Überraschung kann nur bei vorheriger falscher Beurteilung der Rechtslage eintreten und mit einem Hinweis vermieden werden, wenn das Gericht die Fehlbeurteilung der Parteien erkennt.

b) Regelung nach dem Bundesratsvorschlag

Die gesetzliche Formulierung gleicht dem Vorschlag des Rechtsausschusses. Der Formulierungsvorschlag des Bundesrates wurde vom Vermittlungsausschuss nicht übernommen. Dort² hiess es noch:

1) BT 7/5250 S. 9

2) BR-Drucks. 386/76 = BT-Drucks. 7/5499

"Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den eine Partei nach dem Prozessverlauf, insbesondere nach einer für sie erkennbar gewordenen Beurteilung durch das Gericht, nicht einzugehen brauchte, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äusserung dazu gegeben hat".

Dieser Vorschlag stellt primär auf den Schutz des Vertrauens ab, das sich bei einer Partei aufgrund der konkreten Lage des Verfahrens gebildet hat und die deshalb glaubt, alle entscheidungserheblichen Rechts- und Tatsachen angesprochen zu haben. Für die Berechtigung dieser Vertrauensbildung sollte der Prozessverlauf massgeblich sein - also der Inhalt der Schriftsätze, der Inhalt der mündlichen Verhandlung, das Beweisergebnis, etwaige Hinweise durch das Gericht oder bereits vorliegende Entscheidungen³.

Die Einschränkung im Vergleich zum Vorschlag des Rechtsausschusses ergibt sich daraus, dass nur ein begründetes Vertrauen durch die Hinweispflicht geschützt und nicht eine bloss rechtliche Fehlbeurteilung vermieden werden sollte. Schützenswert erschien nach dem Vorschlag des Bundesrates das Vertrauen dann, wenn aus dem Verhalten des Gerichts und dem konkreten Verlauf des Verfahrens für die Partei eine bestimmte Entscheidung bereits kalkulierbar bzw. vorhersehbar war. Durch die Hinweispflicht sollte ein prozessuales "venire contra factum proprium" des Gerichts verboten werden. Wenn das Gericht durch entsprechendes Verhalten, z.B. durch Beweisbeschlüsse, Anordnungen, Hinweise, wie die Rechtslage von ihm beurteilt werde, das Vertrauen der Parteien bereits in eine bestimmte Richtung gelenkt hat, darf es nun nicht plötzlich dieses Vertrauen durch eine Entscheidung enttäuschen, die seinem bisherigen Verhalten zuwiderläuft.

Die Anknüpfung der Hinweispflicht an bereits gebildetes Vertrauen verneint dort ein Bedürfnis für Hinweise, wo ein Gesichtspunkt von einer Partei vollständig erörtert, aber als unerheblich erachtet wurde⁴, ohne dass das Gericht dazu Anlass gegeben hätte. Ebenso wäre nach dem Bundesratsvorschlag eine Hinweispflicht dort zu verneinen, wo die Parteien keine - oder nur unvollständige - Rechtsausführungen bringen⁵. In beiden Fällen liegt kein begründetes Vertrauen als zu schützende "prozessuale Besitzstandswahrung" vor.

1. Beispiel:

Zu einem konkreten rechtlichen Gesichtspunkt hat das Gericht seine Ansicht bereits zum Ausdruck gebracht, lässt sie aber später fallen, weil es eine andere Meinung dazu seiner Entscheidung zugrundelegen will.

2. Beispiel:

Das Gericht gibt bekannt, das prozessuale Begehren nur unter einer bestimmten Anspruchsgrundlage prüfen zu wollen. Die Partei erkennt deren rechtliche Voraussetzung, da sie beispielsweise davon ausgeht, der gegen sie gerichtete Herausgabeanspruch aus § 985 BGB setze ein Verschulden ihrerseits voraus.

Der Unterschied zwischen beiden Beispielen liegt darin, dass im ersten Fall die Fehleinschätzung durch ein bestimmtes richterliches Verhalten herbeigeführt worden ist, während im zweiten Beispiel dies die Folge eines allein auf die Partei zurückzuführenden Irrtums ist. Ein Hinweis auf die rechtlichen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage aus § 985 BGB kann nach dem Bundesratsvorschlag in Beispiel 2 unterblieben. Nach dem Verlauf des Verfahrens und dem Verhalten des Gerichts

4) BR-Drucks. 386/76 S.1 = BT-Drucks. 7/5499 S.1

5) BR-Drucks. 386/76, aaO

konnte die Partei nicht darauf vertrauen, der Herausgabeanspruch greife mangels Verschulden nicht durch. Es besteht für sie keine b e g r ü n d e t e Vertrauensposition, die nur durch vorheriges richterliches Tätigwerden mittels rechtlicher Hinweise zerstört werden kann.

c) Die Stellungnahme des Anwaltsvereins

Der Formulierungsvorschlag des Bundesrates ist auf scharfe Kritik des deutschen Anwaltsvereins gestossen⁶. Ihm erschien widersprüchlich, die Gelegenheit zur Äusserung gerade bei denjenigen rechtlichen Gesichtspunkten zur Pflicht zu machen, auf die die Partei nicht einzugehen brauchte⁷. Dieser Kritik liegt der Gedanke zugrunde, eine Erörterung sei überflüssig, wenn sie sich doch nur auf einen rechtlichen Gesichtspunkt bezieht, der für die zu erwartende Entscheidung nicht entscheidungsrelevant ist. Sie beachtet jedoch nicht hinreichend, dass der Ausdruck "auf den eine Partei nicht einzugehen brauchte" sich nicht auf Gesichtspunkte bezieht, die o b j e k t i v für die Entscheidung ohne Bedeutung sind. Die Formulierung stellte vielmehr auf die von einem bestimmten vorherigen Verhalten des Gerichts geprägte s u b j e k t i v e Einstellung der Parteien ab, die einen rechtlichen Gesichtspunkt fälschlicherweise für unerheblich erachten. Von einer widersprüchlichen Formulierung im Bundesratsentwurf kann somit nicht gesprochen werden.

Der als Beispiel für eine begründete Vertrauensbildung eingefügte Halbsatz "... insbesondere nach einer für sie erkennbar gewordenen Beurteilung durch das Gericht ...", wurde vom Anwaltsverein miss -

6) AnwBl 1976, S. 284

7) AnwBl 1976, S. 285

billigt, weil er "die deutliche oder fein zurückhaltende Ausdrucksweise des Gerichts und das subjektive Verständnis und Auffassungsvermögen der Parteien zum Masstab erhebt, der dann allein vom Gericht ausgelegt wird"⁸. Deshalb empfahl der Anwaltsverein die Streichung dieses Halbsatzes.

Massgeblicher Ansatzpunkt für die Kritik des Anwaltsvereins war die einschränkende, auf ein bestimmtes Verhalten des Gerichts abstellende Formulierung des Bundesrats. Nach Meinung des Anwaltsvereins müssten die Parteien stets darauf vertrauen dürfen, "dass das Gericht sie auf bisher nicht erörterte Gesichtspunkte, die es für entscheidungserheblich hält, hinweist"⁹. Der Kritik an dem Formulierungsvorschlag des Bundesrates liegt ersichtlich die Tendenz des Anwaltsvereins zugrunde, die Hinweispflicht möglichst umfangreich zu regeln. Ihre blosser Anknüpfung an eine Fehleinschätzung der Prozesslage kommt dieser Tendenz zweifellos entgegen.

Der Vermittlungsausschuss¹⁰ hat die Kritik des Anwaltsvereins berücksichtigt und ist auf den Formulierungsvorschlag des Rechtsausschusses zurückgekommen. Dieser - und damit auch die gültige Gesetzesfassung - stellt nicht auf ein bereits begründetes Vertrauen der Parteien ab. Er fordert die Hinweispflicht bei jeder Fehleinschätzung der Prozesslage, gleichgültig, ob sie aus einer Irreleitung des Gerichts oder aus einem blossen, weder auf das Verhalten des Gerichts, noch auf den Prozessverlauf zurückzuführendes Missverständnis der Partei herrührt.

8) AnwBl, aaO

9) AnwBl, aaO

10) BT-Drucks. 7/5565

d) Eigene Stellungnahme

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber eine begründete Vertrauensposition der Parteien nicht zur Voraussetzung für eine Hinweispflicht gemacht hat. Die Vertrauensbildung wäre dann vom subjektiven Verständnis der Parteien abhängig. Diejenige Partei, die in der Lage ist, dem Prozessverlauf in rechtlicher Sicht zu folgen, würde gegenüber der dem Prozess in rechtlicher Unkenntnis gegenüberstehenden Partei eindeutig bevorzugt werden. Letztere kann ein begründetes Vertrauen aufgrund von fehlendem rechtlichen Verständnis schwerlich bilden.

Nach der jetzigen Gesetzesfassung soll zwar auch das Vertrauen geschützt werden. Es werden jedoch erheblich geringere Anforderungen gestellt. Nicht das intellektuell durch Kognition begründete, sondern das bloße Vertrauen darauf, dass das Gericht alle entscheidungserheblichen Rechtsfragen den Parteien zur Erörterung bekanntgibt, soll geschützt werden. Insofern wurde die Kritik des Anwaltsvereins aufgegriffen und berücksichtigt.

Dem ist zuzustimmen, weil Auslegungsprobleme, die mit einer Differenzierung nach den individuellen Beurteilungsfähigkeiten der Parteien verbunden wären, nicht entstehen können. Des weiteren werden Schwierigkeiten umgangen, die mit einer richterlichen Prüfung der Berechtigung der Vertrauensbildung auftauchen. Die Abstufungen nach der Ausdrucksweise des Gerichts (ob die Partei hieraus schon Schlüsse ziehen konnte oder ob das Gericht dafür noch deutlicher hätte werden müssen) und nach der konkreten Lage des Verfahrens können keine allgemeingültigen Beurteilungsmaßstäbe bilden. Sie müssten immer anhand des konkreten Einzelfalles entwickelt werden.

Der Gesetzeswortlaut hat dagegen den Vorteil, allein o b j e k t i v darauf abzustellen, ob ein Gesichtspunkt übersehen oder für unerheblich gehalten wurde. Damit werden - im Gegensatz zum Entwurf des Bundesrates - auch die Fälle erfasst, in denen ein Gesichtspunkt von einer Partei vollständig erörtert, aber von ihr als unerheblich angesehen wurde. Es kann schwerlich danach differenziert werden, ob eine Partei einen Gesichtspunkt für unerheblich gehalten und deshalb nicht angesprochen oder zwar angesprochen, aber in seiner rechtlichen Würdigung verkannt hat. In beiden Fällen liegt eine Verkennung der rechtlichen Relevanz vor, auf die die Parteien aufmerksam zu machen sind. Bei einem Untätigbleiben des Gerichts wäre der Überraschungseffekt in beiden Fällen der gleiche.

2. Das Kriterium der Erkennbarkeit

a) Die Erkennbarkeit als gerichtlich nachprüfbarer Rechtsbegriff

Die Fehleinschätzung der Prozesslage muss f ü r d a s G e r i c h t erkennbar sein.

Der Formulierungsvorschlag des Bundesrates¹¹ bezog die "Erkennbarkeit" (einer bestimmten Beurteilung durch das Gericht) noch auf den Blickwinkel der Parteien. Insofern war er den Entscheidungsgründen des BGH-Urteils vom 27.6.1963¹² entlehnt, in denen es hiess:

"Ebenso kann sich für das Gericht aus den besonderen Umständen des Einzelfalles die Notwendigkeit ergeben, den Parteien einen Hinweis zu geben, wenn es erwägt, von seiner bisherigen, den Parteien erkennbar gewordenen Beurteilung der entscheidungserheblichen Tatsachen abzuweichen".

11) BR-Drucks.386/76; Widergabe des Formulierungsvorschlages auf S.82

12) BGH VersR 1963, S. 1149

Demgegenüber bezieht sich das Kriterium der Erkennbarkeit in der jetzigen Gesetzesfassung **a l l e i n** auf das Gericht. **I h m** muss die Fehleinschätzung der Prozesslage durch die Parteien erkennbar sein. Diese zusätzliche Eingrenzung der Hinweispflicht trägt dem Umstand Rechnung, dass das Gericht keine Gedanken lesen kann! Es kann seiner Hinweispflicht nur nachkommen, wenn deutlich wird, dass ein Hinweis auch notwendig ist. Dort, wo das Gericht weiss, dass der rechtliche Gesichtspunkt richtig erkannt, oder nicht erkennen kann, dass er verkannt wird, wäre

eine Hinweispflicht verfehlt, weil sie entweder überflüssig oder aber ihr nicht nachzukommen wäre.

Das Kriterium der Erkennbarkeit ist nicht nur auf das "Übersehen", sondern auch auf die zweite Alternative des § 278 III zu beziehen¹³. Hält die Partei einen rechtlichen Gesichtspunkt "für unerheblich", kann das Gericht schwerlich zu einem Hinweis verpflichtet werden, wenn durch das Parteiverhalten die rechtliche Verkennung nicht deutlich wird.

Um sicherzustellen, dass das Gericht seiner Hinweispflicht nachkommt, ist der Meinung Hartmanns¹⁴ beizupflichten, der die Erkennbarkeit als einen in den Rechtsmittelinstanzen nachprüfbaren Rechtsbegriff versteht. Die subjektive Meinung des entscheidenden Richters darf in der Tat keine Rolle spielen, "da sonst die betroffene Partei auch bei groben Fehlern des Richters schutzlos wäre"¹⁵.

13) Baumbach-Hartmann § 278 5 C b; Hartmann NJW 1978, S. 1460; Bischof NJW 1977, S. 1901; Schneider MDR 1977, S. 885

14) Baumbach-Hartmann § 278 Anm. 5 C b; so auch Schneider MDR 1977, S. 886

15) Schneider MDR 1977 S. 886

Schneider¹⁶ will bei der Auslegung des Rechtsbegriffs der Erkennbarkeit auf das Ermessen des Berufungsgerichts abstellen. Falls es der Meinung sei, die Fehleinschätzung sei erkennbar gewesen, müsse ein Verfahrensmangel bejaht werden.

Diese Ansicht hat den Vorteil, dass sich gerade das Berufungsgericht aufgrund seiner Kenntnis der Akten und Protokolle am besten in die erstinstanzliche Verfahrenslage hineinversetzen kann. Auf der anderen Seite bietet das formale Abstellen auf die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes keinerlei allgemeine Auslegungsregeln. Es besteht die Gefahr, dass das Berufungsgericht den Begriff der "Erkennbarkeit" als willkommenen Hebel benutzt, um eine auf die Verletzung von § 278 III gestützte Berufung abzuweisen. Das gilt umso mehr, wenn es keine allgemeinen Regeln gibt, an die sich das Berufungsgericht bei seiner Überprüfung zu halten hat. Den Parteien werden wiederum keinerlei Anhaltspunkte gegeben, wann eine Rüge unterlassener Rechtshinweise trotz (nach deren Meinung) erkennbarer Fehleinschätzung der Prozesslage Erfolg haben wird.

Es ist daher zu empfehlen, die Beurteilung eines, den bisherigen Prozessverlauf kennenden objektiven Dritten als Auslegungsregel heranzuziehen. Abzustellen ist dabei auf die sich aus dem konkreten Verfahren ergebenden Kognitionsmöglichkeiten eines Dritten in der Rolle eines gewissenhaften Richters. Massgeblich muss sein, ob er aus dem Laufe der Verhandlung, insbesondere aus den Schriftsätzen, dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung,

16) Schneider, aaO

deren Beweisanträge etc. die Fehlbeurteilung der Parteien hätte herauslesen können. Um dem Gericht nicht die Pflicht aufzuerlegen, fremde Gedanken zu lesen, müssen **k o n k r e t e A n s a t z - p u n k t e** für eine Fehleinschätzung der Parteien sprechen, die auch in den Prozessverlauf Eingang gefunden haben.

3. Beispiel¹⁷⁾:

Der Beklagte B hat eine Zweigniederlassung, an deren Spitze der Betriebsführer X steht. Dieser hat den F ohne Mitwirkung des Beklagten als Fahrer für das Geschäft angestellt, der bei einer Geschäftsfahrt einen Verkehrsunfall verursacht und den K verletzt. In der mündlichen Verhandlung versucht der Beklagte B vergeblich, für den Fahrer F den Entlastungsbeweis zu erbringen. Das Gericht gibt der Klage des Verletzten K aus § 831 statt. Aus den Entscheidungsgründen geht hervor, dass der dem Beklagten B obliegende Entlastungsbeweis nicht nur auf die Person des Fahrers F, sondern vor allem auch auf die Person des Betriebsführers X zu richten gewesen wäre. Letzteres sei nicht erfolgt, in Bezug auf F sei der Entlastungsbeweis misslungen. Der Beklagte B war sich darüber nicht im klaren gewesen und hatte deshalb für X den Entlastungsbeweis gar nicht erst angetreten¹⁸⁾.

Aus dem konkreten Prozessverhalten des Beklagten B, vor allem aus der Auswahl und dem Bezug der Verteidigungsmittel war hier dem Gericht erkennbar, dass B von der falschen rechtlichen Erwägung ausging, allein ein geglückter Entlastungsbeweis bezüglich F würde ihn von seiner Haftung befreien.

17) RG JW 1915, 37 Nr. 21

18) In diesem Beispiel ist sich der Beklagte zwar über die Beweislast im klaren, erkennt jedoch, für wen der Entlastungsbeweis hauptsächlich geführt werden muss. Wäre dem Beklagten der Nachweis gelungen, der Betriebsführer X sei selbständig zur Auswahl und Einstellung des Fahrers befugt gewesen, würde eine Haftung aus § 831 entfallen, wenn B weiter nachgewiesen hätte, dass er den Betriebsführer X sorgfältig ausgewählt hat. Unter diesen Umständen hätte auch eine unsorgfältige Auswahl des F durch X keine Haftung des B aus § 831 begründen können. (RG aaO)

b) Erkennbarkeit der Fehleinschätzung im Verfahren ohne
anwaltschaftliche Vertretung

Das Kriterium der Erkennbarkeit wird problematisch, wenn eine anwaltschaftlich nicht vertretene Partei lediglich Tatsachen in den Prozess einführt, ohne ihren Antrag mit rechtlichen Argumenten konkret zu untermauern. Dazu wird eine solche Partei auch gar nicht in der Lage sein. Bei einer Partei, die keinerlei Rechtsausführungen macht, kann es dem Gericht wiederum unmöglich werden, erkennbar eine rechtliche Fehlbeurteilung festzustellen. Werden für die gestellten Anträge keine rechtlichen Schlussfolgerungen gezogen, können die Parteien auch schwerlich von einer rechtlichen Fehlbeurteilung ausgehen. Schon gar nicht ist es dem Gericht möglich, die Fehlbeurteilung zu erkennen.

Das Kriterium der Erkennbarkeit der rechtlichen Fehlbeurteilung birgt somit die Gefahr in sich, Parteien zu privilegieren, die entweder anwaltschaftlich vertreten oder imstande sind, selbst dem Prozessverlauf rechtlich zu folgen. Franzki¹⁹ spricht denn auch zurecht von der Möglichkeit einer "unter sozialen Gesichtspunkten schwer begreifliche(n) Benachteiligung der anwaltschaftlich nicht vertretenen Partei im Amtsgerichtsprozess".

Das Kriterium der Erkennbarkeit der prozessualen Fehleinschätzung darf in der Tat nicht dazu führen, § 278 III im Anwaltsprozess grosszügiger auszulegen als im schlichten Parteiprozess. Eine nur beschränkte Hinweispflicht bei anwaltschaftlich nicht vertretenen Parteien war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. § 278 III fordert die Hinweispflicht einheitlich für das prozessuale Erkenntnisverfahren und unabhängig davon, ob für das Verfahren ein Anwaltszwang besteht. Die Vorschrift muss daher allen Par-

19) Franzki DRiZ 1977, 164

teien gleichermaßen zugute kommen. Eine Privilegierung der anwaltlich vertretenen Partei oder einer Partei mit einem entsprechenden Grad juristischer Bildung ist mit § 278 III nicht zu vereinbaren.

Entgegen der Meinung von Franzki²⁰, der die drohende Benachteiligung der anwaltlich nicht vertretenen Partei mit einer verstärkten Anwendung des § 139 auszugleichen wünscht, bietet sich als besseres Regulativ die restriktive Auslegung des Begriffs "Erkennbarkeit" im Amtsgerichtsprozess an.

Kann bei einer anwaltlich nicht vertretenen Partei das Gericht aus deren Prozessverhalten keine Schlüsse auf eine Fehleinschätzung der Prozesslage ziehen, sollte der Begriff der Erkennbarkeit auch nicht vornehmlich an einer Fehleinschätzung der Prozesslage aufgrund *i r r i g e r R e c h t s m e i n u n g* anknüpfen. Es muss bereits ausreichen, wenn der parteiliche Tatsachenvortrag erkennbar keinen Bezugspunkt zu dem vom Gericht für entscheidungserheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkt aufzeigt. Ergibt sich aus dem Tatsachenvortrag, dass kein rechtlicher Zusammenhang zu den massgeblichen rechtlichen Überlegungen des Gerichts besteht, sollte ein Hinweis schon erfolgen. Macht die Partei Behauptungen und bietet sie Beweise an, die in keinem inneren Bezug zu den vom Gericht für erheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkten stehen, ist bereits von einer "erkennbaren Fehleinschätzung" auszugehen. Insoweit ist nicht primär auf das erkennbare Übersehen oder Verkennen *e i n e s r e c h t l i c h e n G e s i c h t s - p u n k t e s*, sondern auf die Erkennbarkeit

20) Franzki, aaO

unerheblichen Tatsachenvortrages aufgrund mangelnden Normverständnisses abzustellen.

2. HAUPTTEIL: Die Voraussetzungen der Hinweispflicht aus dem Normzweck des § 278 III

X. Abhängigkeit der Hinweispflicht von der Möglichkeit einer Vervollständigung bzw. Anpassung des parteilichen Tatsachenvortrages?

1. Problemstellung

Im Anschluss an die Voraussetzungen einer Hinweispflicht nach dem Wortlaut des § 278 III ist die Frage zu untersuchen, ob eine Hinweispflicht auch dann noch von Sinn und Zweck des § 278 III gefordert wird, wenn bereits feststeht, dass die Parteien kein neues Tatsachenmaterial zu dem nicht genannten rechtlichen Gesichtspunkt vorbringen können und für sie somit gar nicht mehr die Gelegenheit besteht, sich mit ihrem Tatsachenvorbringen dem rechtlichen Gesichtspunkt anzupassen. Es ist, mit anderen Worten, zu fragen, ob die Hinweispflicht unter dem **V o r b e h a l t** steht, dass die nachfolgende Erörterung mit den Parteien neue Erkenntnisse tatsächlicher Art mit sich bringen **k a n n**.

1. Beispiel¹⁾:

In unserem Beispiel Nr. 5 unter VIII 2 klagt der durch die Schlägerei Verletzte Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 DM ein. Das Gericht ist der Meinung, die Genugtuungsfunktion dürfe keine Berücksichtigung mehr finden, da dem Kläger durch die vierjährige Freiheitsstrafe des Beklagten bereits Genugtuung geschehen sei. Muss das Gericht auf diesen Gesichtspunkt hinweisen, wenn feststeht, dass der Kläger keine neuen Tatsachen zur Frage der Genugtuung vorbringen kann?

1) nachgebildet nach OLG Düsseldorf,
NJW 1974, 1289

2. Beispiel:

Auch wenn in Beispiel Nr. 4 bei VI 2 a das Gericht darauf hinweisen würde, ein Zusammenrechnen von Klage und Widerklage für die Berechnung der Berufungssumme sei unstatthaft und die Berufung somit unzulässig, könnte der Berufungskläger seinen Tatsachenvortrag der Rechtsauffassung des Gerichts nicht anpassen.

Hier - wie auch in Beispiel 1 - geht es um eine Rechtsfrage, deren konkrete Beantwortung keinerlei Einfluss auf die Aufklärung des Sachverhaltes und die dazu erforderliche Vollständigkeit des Tatsachenvortrages nehmen kann.

3. Beispiel²:

Das Berufungsgericht hat eine Darlehensklage wegen Sittenwidrigkeit des Darlehensvertrages abgewiesen, da der Darlehensgeber, ein ehemaliger Unterzahlmeister, das Geld mit Wissen des Darlehensnehmers aus der Kriegskasse entnommen hat. Auf den Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstosses gegen die guten Sitten wurden die Parteien nicht hingewiesen. Der Sachverhalt war aber insoweit unstrittig, dass eine Eigentumsübertragung am unterschlagenen Geld wegen Bösgläubigkeit des beklagten Darlehensnehmers nicht zustande kam.

Auch hier kann die Unkenntnis der Parteien von dem rechtlichen Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit des Vertrages keine Beeinträchtigung des entscheidungserheblichen Tatsachenvortrages nach sich ziehen.

2) nachgebildet nach RGZ 103, 287;
besprochen von Rosenberg ZZP 49,71

In den Fällen 1 und 2 ist der Sachverhalt von den Parteien vollständig vorgetragen worden (Körperverletzung mit anschliessendem gerichtlichen Strafverfahren und Nebenklage, Höhe von Klage und Widerklage). In Beispiel 3 ist der Tatbestand unstreitig festgestellt (Unwirksamkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs wegen fehlender Eigentumsübertragung am Geld).

2. Meinungen in der Literatur

Von einigen Autoren wird die Meinung vertreten, ein Hinweis nach § 278 III könne unterbleiben, wenn von vornherein ausgeschlossen ist, dass der parteiliche Tatsachenvortrag im Hinblick auf den neuen rechtlichen Gesichtspunkt ergänzt werden kann.

Bischof³ hält einen Hinweis für entbehrlich, wenn feststeht, dass er "keine neuen erheblichen Tatsachen der Partei erbracht hätte". Er begründet seine Meinung mit dem Zweck der Hinweispflicht, "ein entsprechendes Tatsachenvorbringen noch durch den rechtlichen Hinweis zu ermöglichen"⁴.

Nach Mümmler⁵ wird die Aufklärung "auch stets nur unter dem Vorbehalt gegeben werden können, dass die nachfolgende Erörterung mit den Parteien keine neuen Erkenntnisse bringt".

Aus der Feststellung, § 278 III sei nichts anderes "als eine Wiedergabe von Entscheidungsmaximen, welche vom Reichsgericht aufgestellt und vom BGH fortentwickelt wurden", folgert Hinz⁶, rechtliche Hinweise seien

3) NJW 1977, S. 1901

4) Bischof, aaO, S. 1902

5) Jur Büro 1977, S. 758

6) NJW 1976, S. 1188

geboten, "sobald richterlicher Verantwortung erkennbar werden muss, dass Gericht und Parteien nunmehr aneinander vorbeireden und so womöglich auch das Urteil am Fall vorbeizugehen droht". Ein "Vorbeigehen am Fall" setzt aber voraus, dass entscheidungserheblicher Tatsachenvortrag von den Parteien mangels Kenntnis der rechtlichen Überlegungen des Gerichts unterblieben ist. Insofern decken sich die Auffassungen der Autoren in der Grundüberlegung, für die Hinweispflicht sei die Vervollständigung des Tatsachenvortrages von entscheidender Bedeutung.

3. Entstehungsgeschichte des Gesetzes

Der Gesetzeswortlaut legt keine eindeutige Antwort nahe. Abgestellt wird allein auf das Übersehen oder rechtliche Verkennen eines Gesichtspunktes durch die Parteien. Auf die Möglichkeit einer dadurch bedingten Nichtberücksichtigung entscheidungserheblicher Tatsachen als Voraussetzung für eine Hinweispflicht wird *expressis verbis* nicht abgehoben.

Aus der Begründung des Bundesrates für die Anrufung des Vermittlungsausschusses geht hervor, dass nach Meinung des Bundesrates kein Bedürfnis für rechtliche Hinweise bestehe, wenn keine Anhaltspunkte dafür sprechen, "dass ein Hinweis des Gerichts zu ergänzenden Tatsachenausführungen führen kann"⁷. Welchen Einfluss diese Meinung in den Beratungen des Vermittlungsausschusses gespielt hat, geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor. Zumindest wurde sie in der Gesetzesformulierung nicht berücksichtigt.

7) BR-Drucks. 386/76; ebenso der Antrag des Freistaates Bayern an den Bundesrat, nach Art. 77 II GG den Vermittlungsausschuss einzuberufen; vgl. BR-Drucks. 386/3/76

Massgeblich für die Zweckbestimmung der Hinweispflicht nach dem Willen des Gesetzgebers erscheint die Formulierung im Bericht des Rechtsausschusses, mit § 278 III werde "eine Entwicklung aufgegriffen und zum Abschluss gebracht, die sich in der Rechtsprechung der Obergerichte seit langem abzeichnet"⁸.

Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Gesetzgeber mit § 278 III zumindest die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu einer rechtlichen Hinweispflicht übernehmen wollte. Diese Rechtsprechung ist zu § 139 ergangen und kann somit als Auslegungsregel für die Voraussetzungen der Hinweispflicht nach § 278 III herangezogen werden⁹.

4. Rechtsprechungsanalyse zu § 139

Zu untersuchen ist folglich, welche Zweckbestimmung die **R e c h t s p r e c h u n g** vor Inkrafttreten des § 278 III in einer rechtlichen Hinweispflicht erblickt hat.

Das Reichsgericht hatte wiederholt eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht aus § 139 bejaht, wenn die Parteien es auf Grund überraschender rechtlicher Erwägungen des Gerichts unterlassen haben, weiteren Prozessstoff in das Verfahren einzuführen, der die richterliche Rechtsmeinung hätte beeinflussen können¹⁰.

8) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

9) vgl. auch Baumbach-Hartmann § 278 Anm.5 B; Hartmann NJW 1978, S. 1460; Schneider MDR 1977, S. 969

10) RGZ 41, 293; RGJW 1900, 872 Nr.3; RGJW 1903, 22 Nr.6; RGJW 1915, 37 Nr.21; RG Warneyer 8 (1915), 119 Nr. 83; RG Das Recht 1918 Nr.256; RGJW 1932, 173 Nr. 9; RGZ 102, 291

Es hat ausdrücklich festgestellt, den Parteien dürfe die Möglichkeit nicht entzogen werden, die Tatsachen von ihrem Standpunkte aus und nach Massgabe ihrer Kenntnis der Sachlage zu beleuchten und Beweis für ihr Vorbringen anzutreten"¹¹.

Demgegenüber wurde eine Hinweispflicht bei Zugrundelegung einer von den Parteien nicht behandelten Rechtsauffassung ausdrücklich verneint, "wenn es sich um ein feststehendes oder (vom Gericht) festgestelltes Sachverhältnis handelt"¹². Ebenso wurde vom Reichsgericht ein Hinweis nicht für erforderlich gehalten, wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien im Ergebnis feststeht oder unstreitig ist¹³.

So wurde in unserem Beispielsfall Nr. 3 die Rüge eines Verstosses gegen § 139 für unbegründet erachtet, weil der Tatbestand, der den eingeklagten Darlehensanspruch hinfällig macht - "sei es wegen des Verstosses gegen die guten Sitten, sei es (wie das RG annahm) wegen mangelnder Eigentumsübertragung (an dem unterschlagenen Geld)"¹⁴ - zwischen den Parteien unstreitig war und im Ergebnis feststand. Das Reichsgericht stellt dazu fest, dass auch ein zusätzlicher Tatsachenvortrag zum Verstoß gegen die guten Sitten mit dem Inhalt, es habe den Parteien das für § 246 StGB notwendige Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gefehlt, da sie das Geld in wenigen Tagen zurückgeben wollten, nichts mehr an dem festgestellten Sachverhalt der Unwirksamkeit des Darlehensanspruches hätte ändern können¹⁵.

11) RGZ 49, 349

12) RGZ 96, 78

13) RGZ 103, 288

14) RGZ, aaO

15) RGZ, aaO

Rosenberg¹⁶ fasste die Rechtsprechung des Reichsgerichts dahingehend zusammen, "dass der Richter, der den Sachverhalt in einer von den Anschauungen der Parteien abweichenden Weise beurteilen will, den Parteien dann Gelegenheit geben muss, zu dieser veränderten Auffassung Stellung zu nehmen, wenn der Sachverhalt vom Standpunkt dieser neuen Auffassung aus noch nicht vollständig behauptet oder dargetan ist"¹⁷.

Massgebliche Grundüberlegung in der Judikatur des Reichsgerichts war somit die Gewährleistung der Sachverhaltsergänzung - bzw. Anpassung durch den rechtlichen Hinweis.

Auf derselben Argumentationsebene liegt die Rechtsprechung des BGH. Nach seiner Meinung kann eine Verletzung des § 139 nur dann mit Erfolg gerügt werden, "wenn das Gericht hätte erkennen müssen, dass die Parteien Beweismittel und etwaige noch nötige nähere Behauptungen hätten beibringen können und wollen, dass das Nichtvorbringen daher offenbar auf einem Versehen oder darauf beruht, dass die Partei die Rechtslage erkennbar falsch beurteilt hat"¹⁸.

Massgeblicher Grundgedanke ist auch hier die mögliche Kausalität zwischen Fehlbeurteilung der Rechtslage und Nichtvorbringen von entscheidungserheblichen

16) ZZP 49, S. 71

17) Rosenberg, aaO

18) BGH LM Nr. 3 zu § 139

Tatsachen. In zahlreichen nachfolgenden Entscheidungen¹⁹ hat der BGH diese Grundsätze als "feste Rechtsprechung" bezeichnet und wörtlich in seine Entscheidungsgründe übernommen.

In dem BGH-Urteil vom 27.6.1963²⁰ geht es um eine von der Klägerin nicht vorausgesehenen Würdigung einer mehrere Jahre zurückliegenden Beweisaufnahme über einen Unfallhergang durch das Berufungsgericht. Dieses hatte die Klage teilweise abgewiesen, weil es in Änderung seiner früheren Ansicht nicht für nachgewiesen hielt, dass die Klägerin von einer ungesicherten Brücke gestürzt sei. Der BGH betont, es war anzunehmen, "dass der Kläger eine Erörterung der Frage des Unfallherganges zum Anlass nehmen werde, zu versuchen, seinen Vortrag zu ergänzen und Beweismittel beizubringen"²¹. An anderer Stelle heisst es: "Das Revisionsgericht kann die Möglichkeit nicht ausschliessen, dass eine Erörterung des Unfallherganges zu weiterem Vortrag des Klägers und zu anderen Feststellungen geführt hätte"²².

In einer weiteren Entscheidung des BGH²³ hatte die Klägerin einen unfallbedingten Verdienstausschlag in Höhe von 27.000 DM geltend gemacht. Das Berufungsgericht erkannte den Verdienstausschlag der Klägerin lediglich in Höhe von 1.856 DM an. Im übrigen hielt es die Klage für unbegründet, da die Klägerin ohne den Unfallhergang infolge ihres Alters und ihrer aus Arztunterlagen hervorgehenden, nicht vom Unfall herührenden Herzerkrankung höchstens noch 3 Monate hätte arbeiten können. Der BGH führt dazu aus:

19) BGHVersR 1961, 610 (611) unter Hinweis auf die unveröffentlichten Entscheidungen des BGH v. 31.3.1952 - III ZR 55/51 und v. 11.7.1955 - III ZR 286/53; BGH VersR 1963, S. 1149 unter Hinweis auf die unveröffentlichte Entscheidung v. 6.11.1961 - III ZR 125/60

20) BGH VersR 1963, S. 1149

21) BGH, aaO, S. 1150

22) BGH, aaO

23) BGH VersR 1967, S. 1095

"Die Überraschung einer Partei mit einer von keiner Partei gesehenen Würdigung der Tatsachen und demgemäss einer anderen, nicht vorauszusehenden rechtlichen Beurteilung verstösst gegen die dem Gericht gem. § 139 obliegende Aufklärungspflicht, weil sie geeignet ist, das bessere Wissen der Partei um dann noch erhebliche Tatsachen auszuschalten, hinsichtlich derer das Gericht ein Fragerecht hätte ausüben müssen"²⁴. Hier wird deutlich nur noch auf die mögliche Ausschaltung entscheidungserheblichen Tatsachenvortrages als Begründung für die rechtliche Hinweispflicht abgestellt.

In einer Entscheidung des BGH aus dem gleichen Jahr²⁵ beantragte der Berufungskläger, der Schutzverband der Spirituosenindustrie, den Beklagten, den Hersteller des Kräuterlikörs "Echt Stonsdorfer" zur Unterlassung zu verurteilen, bei der Werbung für das Produkt die Behauptung aufzustellen, der Likör sei ein gesunder Genuss. Der Kläger machte geltend, die Öffentlichkeit werde aufgrund dieser Werbemethode eine gesundheitsfördernde Wirkung annehmen. Alkohol sei aber nicht gesundheitsfördernd. Für bestimmte Personen sei er sogar gesundheitsschädlich. Das Gericht gab der Berufung wegen Verstosses gegen § 3 UWG statt. Es stellte fest, ein Kräuterlikör könne dann, wenn er in grösseren Mengen genossen werde, zu gesundheitlichen Schäden führen. Das Berufungsgericht ging also in Abweichung des beiderseitigen Parteivorbringens davon aus, dass beim Kräuterlikör ein übermässiger Alkoholgenuss zu befürchten sei und leitete daraus den irreführenden Charakter der Werbung her. Das Gericht wollte die Unrichtigkeit der Werbung also nur im Hinblick auf die Gefahren beim Genuss grösserer Alkoholmengen feststellen.

24) BGH, aaO, S. 1096 unter Bezugnahme auf Baumbach-Lauterbach ZPO 26. Aufl., § 139 Anm. 2 E

25) BGH GRUR 1967, 592

Zwar ist nach Meinung des BGH²⁶ das Gericht "im Rahmen der Beweiswürdigung nicht gehindert, aus dem vorgetragenen Tatsachenstoff aufgrund seiner Lebenserfahrung Schlüsse zu ziehen, die keine der Parteien gezogen hat". Weicht der Richter in dieser Weise von den konkreten Ausführungen der Parteien ab, kann "im Einzelfall die Gefahr entstehen, dass der Sachverhalt von den fachkundigen Parteien nicht erschöpfend behandelt wird und dass insbesondere entscheidungserhebliches Verteidigungsvorbringen unterbleibt"²⁷. Wäre die Beklagte auf die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts hingewiesen worden, hätte sie womöglich unter Beweis gestellt, "dass die vom Berufungsgericht angenommene Vorstellung über den Inhalt des Werbespruchs nicht zu befürchten sei und dass es ferner überhaupt nicht üblich sei, Kräuterlikör wie "Echt Stonsdorfer" in solchen schädlichen Mengen wie anderen Alkohol zu sich zu nehmen"²⁸.

In einer neueren Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1975²⁹ stritten die Parteien im Berufungsverfahren um die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Zahlung einer Vertragsstrafe. Das OLG bestätigte das erstinstanzliche Urteil, soweit es den Berufungskläger zur Zahlung einer Vertragsstrafe verurteilte. Dabei beurteilte es die Aktiv-Legitimation des Berufungsbeklagten nach Schweizerischem Recht. In keinem Verfahrensstadium wurde jedoch die mögliche Anwendung Schweizerischen Rechts auf die strittige Frage der Aktiv-Legitimation des Berufungsbeklagten schriftsätzlich erwähnt oder auch nur mündlich zur Sprache gebracht.

26) BGH, aaO

27) BGH, aaO, S. 593

28) BGH, aaO; Im Ergebnis wurde jedoch die Revision der Beklagten zurückgewiesen, weil die angegriffene Werbemaßnahme gegen § 1 UWG verstieß

29) NJW 1976, S. 474 = MDR 76, 379

Der BGH bejahte einen Verstoß gegen § 139 und betonte, angesichts des Prozessverlaufes konnte sich der Berufungskläger "darauf verlassen, dass das OLG durch einen entsprechenden Hinweis den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme geben werde, wenn es nunmehr die entscheidungserhebliche Frage der Aktivlegitimation nach Schweizer Recht beurteilen wollte"³⁰. Es lässt sich nicht ausschliessen, "dass das Berufungsgericht in diesem Punkte zu einer anderen Würdigung und zu einer dem Berufungskläger günstigeren Entscheidung gelangt wäre, wenn dieser sich zu dem Inhalt und der Auslegung der in Betracht kommenden Schweizer Rechtsvorschriften hätte äussern können"³¹.

Die Analyse der erwähnten Entscheidungen der Obergerichte zu § 139 macht deutlich, dass für eine Hinweispflicht auf verkannte rechtliche Gesichtspunkte **a l l e i n** die Grundüberlegung massgebend war, dem inneren Zusammenhang zwischen Kenntnis der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte und Anpassung bzw. Vervollständigung des Tatsachenvortrages Rechnung zu tragen. blieb die entscheidungserhebliche Tatsachengrundlage trotz unterschiedlicher Rechtsansicht zwischen Gericht und Parteien unverändert, wurde ein Verfahrensverstoß gegen § 139 von den Obergerichten verneint.

In keiner Entscheidung wurde schwerpunktmässig auf die alleinige Äusserung zur abstrakten Rechtsfrage abgehoben. Die Hinweispflicht wurde vielmehr immer in engem Zusammenhang mit der durch sie zu bewirkenden Folge betrachtet: dem Hinwirken auf einen vollständigen Parteivortrag.

30) BGH, aaO

31) BGH, aaO; Rechtssätze werden im Fall des § 293 zu den Tatsachen gerechnet, vgl. Baumbach-Hartmann, § 284 Einf. 4 A

Der Gesetzgeber hat mit der gesetzlichen Verankerung der rechtlichen Hinweispflicht in § 278 III diese Entwicklung der Rechtsprechung "aufgreifen und zum Abschluss bringen" wollen³².

Die von den Obergerichten zu § 139 erarbeiteten Grundsätze sollten für die allgemeine richterliche Praxis gesetzlich normiert werden, da sie nach Meinung des Rechtsausschusses "dort noch nicht hinreichend Eingang gefunden haben"³³.

Zieht man diese vom Rechtsausschuss angesprochenen Grundsätze der Rechtsprechung als Auslegungsregel für § 278 III heran, ergibt sich eine Hinweispflicht nur unter der Bedingung, dass eine Vervollständigung des parteilichen Tatsachenvortrages zumindest möglich erscheinen muss. Insofern ist das Hinwirken auf einen vollständigen Parteivortrag in der Tat als entscheidende Voraussetzung und Zweckbestimmung der rechtlichen Hinweispflicht zu deuten.

Dort, wo von vornherein kein weiteres entscheidungserhebliches Tatsachenmaterial von den Parteien zu erwarten ist, ist unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, auf die sich der Gesetzgeber für die Begründung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung der rechtlichen Hinweispflicht ausdrücklich bezieht, ein Hinweis entbehrlich. In den Beispielfällen 1 - 3 könnte somit ein Hinweis unterbleiben.

32) BT-Drucks. 7/5250, S. 9

33) BT-Drucks. aaO

5. Die Abhängigkeit zwischen Tat- und Rechtsfrage als Rechtfertigung für § 278 III

Neben der Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zu § 139 ist für die Frage, ob die Hinweispflicht von der Möglichkeit einer Vervollständigung bzw. Anpassung des parteilichen Tatsachenvortrages abhängig ist, in einem zweiten Schritt zu untersuchen, welche Grundüberlegung für § 278 III bestimmend war. Daraus könnten sich für die Hinweispflicht Voraussetzungen ergeben, die sich zwar nicht aus dem Wortlaut, wohl aber aus dem Normzweck ableiten lassen.

Der Gesetzgeber verfolgt mit § 278 III die Zielsetzung, eine "möglichst erschöpfende Behandlung des gesamten Streitstoffes bereits in der ersten Instanz" zu gewährleisten und damit einer Verlagerung des Rechtsstreites in die zweite Instanz vorzubeugen³⁴. Damit entsprach er der in Literatur und Rechtsprechung geäußerten Kritik an Überraschungsentscheidungen, der zu- meist die Grundüberlegung vorausging, dass als mögliche Folge eines unterbliebenen rechtlichen Hinweises tatsächliches Vorbringen der Parteien verhindert oder doch zumindest beschnitten wird³⁵. Lent hält Überraschungsentscheidungen "besonders dann (für) unzulässig, wenn der veränderte rechtliche Gesichtspunkt eine Ergänzung der tatsächlichen Angaben erforderlich macht"³⁶. Es dürfte nicht vorkommen, "dass eine Partei nur deshalb unterliegt, weil ihr Vorbringen, von der neuen rechtlichen Auffassung aus gesehen, unvollständig gewesen ist"³⁷. Von Hippel spricht in diesem Zusammenhang von der Gefahr einer "Beschränkung der Partei in der Wahrnehmung ihrer Rechte, wenn die richterliche Leitlinie

34) vgl. BT-Drucks. 7/5250 S. 8, Abg. Hauser in der 247. Sitzung des 7. BT, Sten. Prot. 17611; Abg. Emmerlich ebendort, Sten. Prot. 17608

35) vgl. schon Schiffer JW 1902 S. 198

36) Wahrheits- und Aufklärungspflicht, S. 70

37) Lent, aaO

endlich überraschend hervortritt und die mangelhafte Vorbereitung einer Partei auf die danach wesentlichen Punkte deutlich wird"³⁸.

Den massgeblichen Ansatzpunkt für die Kritik dieser Autoren an Überraschungsentscheidungen bildet die Abhängigkeit zwischen dem Sachvorbringen der Parteien und der zur Prüfung stehenden konkreten Rechtsfrage. Sie folgt aus dem Umstand, dass sich "im Prozessverfahren Tat- und Rechtsfrage nicht so einfach voneinander trennen"³⁹ lassen; "die Frage z.B., welche Rechtsvorschrift anzuwenden ist, entscheidet wiederum darüber, welche Tatsachen erheblich sind"⁴⁰.

Die Abhängigkeit zwischen Tat- und Rechtsfrage hat unmittelbaren Einfluss auf die der Entscheidung vorausgehende Sachverhaltserfassung. Denn dem Vorbringen der Parteien liegen bestimmte rechtliche Gesichtspunkte, zumindest konkrete rechtliche Erwägungen zugrunde, nach denen die Parteien ihr Vorbringen ausrichten⁴¹. Der Richter wiederum selektiert das Vorbringen der Parteien aufgrund seines rechtlichen Verständnisses⁴² und beurteilt die Erheblichkeit von Tatsachen nach den von ihm für massgeblich erachteten Rechtssätzen. Die Sachverhaltserfassung wird somit durch rechtliche Erwägungen mitbestimmt⁴³.

38) Wahrheitspflicht, S. 251

39) Maunz-Dürig, Art. 103 GG, RZ 35

40) Maunz-Dürig, aaO

41) vgl. z.B. Zettel, S. 132

42) so Schmidt, S. 18

43) Schneider, MDR 1977, S. 883

Sachaufklärung und Rechtsanwendung bilden "zwei sich gegenseitig beeinflussende Prozesse"⁴⁴. Durch die richterliche Selektionsfunktion wird das Sichten und rechtliche Bewerten von Tatsachen miteinander verschränkt⁴⁵. Eine strenge Trennung im Urteilsfindungsprozess zwischen Sachverhaltsermittlung und Rechtsfindung ist nicht möglich⁴⁶. Zutreffend bezeichnet Engisch Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung als ein "Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt"⁴⁷.

4. Beispiel⁴⁸:

"Wenn es sich z.B. darum handelt, festzustellen, ob die den Gegenstand der Klage bildende Erklärung des Beklagten als mündliche Bürgschaftserklärung ungültig oder als kumulative Schuldübernahme aufrecht zu erhalten ist, wird der Richter auf die Vorbringung der das eigene Interesse an der Hauptleistung ergebenden Tatsachen⁴⁹ häufig nicht dringen können, ohne darauf hinzuweisen, weshalb er diese Angaben in Obereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts für erheblich erachtet".

Aus diesem Verständnis ist die für den Zivilprozess vertretene Erkenntnis konsequent, die Beibringung von Tatsachen durch die Parteien bestimme sich nach den anzuwendenden Rechtssätzen⁵⁰. Denn aus der Sicht der Partei spielen die Rechtssätze für den Tatsachenvortrag

44) Bathe S. 86

45) Schmidt, S. 19

46) Lorenz S.231; Laufs JR 1967, S. 180

47) Engisch, S.15

48) nach Levin S. 122

49) vgl. nur RGZ 64, 320; 71, 118

50) Spohr S.154; Kuchinke JuS 1967 S.299 unter IV 1; Zeuner in FS Nipperdey, S. 1024; Wolf, S. 38; Wassermann, S. 112

insoweit eine Rolle, als sich erst von ihnen her bestimmen lässt, welche Sachverhaltselemente und sich darauf beziehende Tatsachen im Rahmen des Verfahrens von Bedeutung sind. "Die Parteien dürfen nicht auf's Geratewohl einen Lebensvorgang erzählen"⁵¹, sondern müssen aus einem bestimmten Lebensvorgang "gerade jene Tatsachen hervorheben, welche nach ihrem Dafürhalten unmittelbar rechtserheblich sind"⁵². Nur wenn die Partei die entscheidungserhebliche Norm kennt, weiss sie auch, "welche anspruchsbegründenden und anspruchserhaltenden Tatsachen (sie) zu behaupten und zu beweisen hat"⁵³.

Diese Überlegungen verdeutlichen, dass sich erst im Blickwinkel der rechtlichen Norm zeigt, welcher - und warum gerade dieser - Sachverhalt erheblich werden kann. Kennt die Partei die vom Gericht für entscheidungserheblich gehaltenen Gesichtspunkte, wird sie damit in die Lage versetzt, Tatsachen in den Prozess einzuführen, die ihr bezüglich der genannten rechtlichen Gesichtspunkte relevant erscheinen. Sie kann ihr Vorbringen ergänzen und Tatsachen vortragen, die sie ohne einen rechtlichen Hinweis für unerheblich gehalten hätte. Durch rechtliche Hinweise wird so von Seiten des Gerichts der Gefahr entgegengewirkt, dass ein Tatsachenvortrag deswegen unterbleibt⁵⁴, weil die Partei nicht von dem massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkt auf die Relevanz bestimmten tatsächlichen Vorbringens hat schliessen können. Die Kausalität zwischen Unkenntnis der rechtlichen Überlegung und unterlassenem Vorbringen dafür erheblichen Tatsachenmaterials wird durch die

51) Schwander in FS Schönenberger, S. 210

52) Schwander, aaO

53) Schwander, aaO

54) Spohr S. 154; Baumbach-Hartmann § 139 Anm.2 E

Hinweispflicht ausgeschlossen. § 278 III kommt insoweit eine **V o l l s t ä n d i g k e i t s g a r a n t i e** für den parteilichen Tatsachenvortrag zu, als er die Parteien in die Lage versetzt, die rechtliche Bedeutung von Tatsachen und damit die Notwendigkeit ihres Vorbringens zu erkennen.

Diese dem § 278 III innewohnende Vollständigkeitsgarantie trägt der gesetzgeberischen Zielsetzung Rechnung, eine vollständige Behandlung des gesamten Streitstoffes bereits in der ersten Instanz zu gewährleisten und so einer Verlagerung des Rechtsstreites in die Rechtsmittelinstanz vorzubeugen. Die Vollständigkeitsgarantie entfaltet für den parteilichen Tatsachenvortrag ihre Wirkung aber nur dann, wenn die rechtlichen Hinweise der Abhängigkeit zwischen Tat- und Rechtsfrage auch Rechnung tragen können. Wo bereits feststeht, dass die Parteien keine neuen Tatsachen mehr vortragen können, werden sie nicht aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit zwischen Tat- und Rechtsfrage durch eine überraschende Rechtsansicht des Gerichts am Vorbringen neuer Tatsachen gehindert. Bei dieser Sachlage kann der vom Gesetzgeber dem § 278 III zugewiesene Normzweck, auf eine erschöpfende Behandlung des Streitstoffes bereits in der ersten Instanz hinzuwirken, keine Wirkung mehr entfalten. Damit erscheint es gerechtfertigt, § 278 III nur in engem Zusammenhang mit der gegenseitigen Abhängigkeit von Tat- und Rechtsfrage auszulegen und eine Hinweispflicht von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass ein ergänzendes Vorbringen von Tatsachen zumindest möglich erscheint.

6. Folge: Nur beschränkte Geltung des § 278 III im
Revisionsverfahren

Ein neuer Tatsachenvortrag ist im Revisionsverfahren nicht zulässig, weil der dem Revisionsgericht zugrunde liegende Tatsachenstoff bereits mit dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts seine endgültige Gestalt angenommen hat⁵⁵. In der Revisionsinstanz ist die angegriffene Entscheidung des Berufungsgerichts lediglich auf Rechtsfehler zu überprüfen. Die Parteien sind mit weiterem Tatsachenvorbringen und Prozesshandlungen ausgeschlossen (§ 561). Folglich können sie auch nicht durch rechtliche Hinweise zu einem vollständigen Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln angehalten werden.

Dennoch ist es denkbar, dass das Revisionsgericht, wenn es in der Sache selbst entscheidet, die Parteien mit rechtlichen Gesichtspunkten überrascht, die weder in den Tatsachen - noch im Revisionsverfahren angesprochen worden sind⁵⁶. Nach § 563 hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die angeriffene Entscheidung sich aus anderen Gründen als den fehlerhaften der Vorinstanz als richtig darstellt⁵⁷. Es kann die Frage, ob das Berufungsurteil aufrechtzuerhalten ist, unter jedem nur möglichen rechtlichen Gesichtspunkt überprüfen⁵⁸. Ebenso kann es die Entscheidung des Berufungsgerichts nach § 565 III 1 aufgrund von anderen, dort nicht genannten rechtlichen Gesichtspunkten ersetzen. Voraussetzung für eine Entscheidung in der Sache selbst⁵⁹

55) vgl. nur Rosenberg-Schwab § 146 II 2; Baumbach-Hartmann § 561 2 B; Arens AcP 161, 211

56) darauf weist Arens AcP 161, 192 in seiner Auseinandersetzung mit BGH NJW 1954, 150 hin

57) Bettermann, ZP 88, 373

58) Stein-Jonas-Grunsky § 563 RZ 1; Thomas-Putzo § 563 Anm. 2

59) bei § 563 handelt es sich um einen Unterfall des § 565 III 1 für die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst; vgl. nur Bettermann ZP 88, 375 unter V; Stein-Jonas-Grunsky § 563 RZ 1

ist jedoch, dass "die Sache" aufgrund bereits festgestellter, aber nicht verwerteter tatrichterlicher Feststellungen zur Entscheidung reif ist⁶⁰. Alle Grundlagen der Entscheidung müssen durch das angefochtene Urteil selbst gegeben sein⁶¹.

Kann das Revisionsgericht bei dieser Prozesslage in der Sache selbst entscheiden und will es seine Entscheidung auf einen rechtlichen Gesichtspunkt stützen, der von den Parteien übersehen wurde, ist ein Hinweis überflüssig. Die Zwecksetzung des § 278 III kann nicht mehr erreicht werden, denn der Sachverhalt liegt bereits vollständig fest. Zum anderen könnten die Parteien auf die rechtlichen Hinweise auch nicht mehr antworten, da ihnen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel verwehrt bleiben.

Eine Ausnahme findet sich nur dort, wo auch im Revisionsverfahren das Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig ist⁶².

5. Beispiel⁶³:

Das Revisionsgericht ist der Meinung, dem Revisionskläger fehle die Prozessfähigkeit. Dieser habe in allen Instanzen des Rechtsstreites Schriftsätze eingereicht, in denen er ohne verständliche Gründe am Prozess nicht beteiligte Personen und Institutionen ständig beschimpft und verdächtigt habe. Neben diesen Umständen spreche auch ein früherer längerer Aufenthalt des Klägers in einer Heilanstalt wegen starker Schizophrenie für dessen Prozessunfähigkeit. Ohne den Revisionskläger darauf hinzuweisen, weist es unter Aufhebung der in den beiden Vorinstanzen ergangenen Urteile die Klage als unzulässig ab.

60) vgl. nur Gottwald S.117

61) Stein-Jonas-Grunsky § 565 RZ 18

62) vgl. nur Rosenberg-Schwab § 146 II 3; Thomas-Putzo § 561 Anm. 4

63) nachgebildet nach BAGE 6 (1959), 76 = NJW 1958,1699

Das Revisionsgericht hat das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen⁶⁴, so auch die Prozessfähigkeit einer Partei⁶⁵, von Amts wegen zu prüfen, was jedoch nicht bedeutet, dass die Parteiinitiative für die Herbeiführung der richterlichen Überzeugung vom Nichtvorliegen einer Prozessunfähigkeit ausgeschlossen bleibt⁶⁶. Die Parteien haben bei Prozessvoraussetzungen die Möglichkeit zu einer Ergänzung ihres Tatsachenvortrags⁶⁷. Durch einen Hinweis auf die nach Meinung des Gerichts fehlende Zulässigkeitsvoraussetzung der Prozessfähigkeit wird dem Revisionskläger bei Übersehen dieses rechtlichen Gesichtspunktes die Möglichkeit gegeben, das Gericht von seiner Prozessfähigkeit (beispielsweise durch Gutachten) zu überzeugen. In diesem Fall behält die Hinweispflicht auch im Revisionsverfahren ihren Sinn. Ebenso müsste der Kläger vom Gericht hingewiesen werden, wenn er erkennbar übersieht, dass ihm für das Vorliegen seiner Prozessfähigkeit der Beweis obliegt. Denn in diesem Fall ist auch in der Revisionsinstanz eine Beweisaufnahme zulässig⁶⁸.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass § 278 III vom Revisionsgericht Beachtung verlangt, wenn die Parteien auf die im Revisionsverfahren übersehenen rechtlichen Gesichtspunkte noch mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln antworten können.

64) vgl. nur Arens AcP 161, 211

65) vgl. nur Rosenberg-Schwab § 44 IV 3 m.w.N. und BGH NJW 1970, 1683

66) BAG NJW 1958, 1700

67) Arens aaO unter Hinweis auf BGHZ 31, 279 (282)

68) BGH NJW 1976, 1940 m.w.N. zur Prüfung der Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil; nach vordringender Ansicht gilt auch hier der Strengbeweis; vgl. Stein-Jonas-Grunsky § 561 RZ 28 m.w.N.

3. HAUPTTEIL: Das Verhältnis von § 278 III zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art.103 GG)

XI. Voraussetzungen und Umfang einer rechtlichen Hinweispflicht aus Art. 103 GG

1. Problemstellung

Aus dem Normgehalt des § 278 III ergibt sich eine Hinweispflicht des Gerichts nur unter der Zweckbestimmung einer Vervollständigung des Tatsachenvortrags der Parteien. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die dargelegten Grundsätze der Rechtsprechung zu § 139 und seine mit § 278 III verfolgte Zielsetzung, auf eine vollständige Behandlung des Streitstoffes bereits in der ersten Instanz hinzuwirken, fordern diese einschränkende Auslegung.

Es liegt nun aber nahe, Art.103 GG unmittelbar für die Bestimmung des Normgehaltes von § 278 III heranzuziehen. Zu überlegen ist hier, ob die dargelegten Voraussetzungen für ein richterliches Tätigwerden nach § 278 III durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgedeckt sind oder durch diesen sogar eine Erweiterung erfahren. Das wäre der Fall, wenn sich bereits aus Art. 103 GG eine gleichartige oder sogar weitergehende Hinweispflicht, als sie von § 278 III gefordert wird, ergäbe.

In einem ersten Schritt ist dabei auf die Frage einzugehen, ob Art. 103 GG **a l l g e m e i n** eine rechtliche Hinweispflicht im Sinne eines Rechtsgesprächs zwischen Gericht und Parteien verfassungsmässig gebietet, bei dem das Gericht über einen blossen Hinweis auf die Entscheidungserheblichkeit hinaus seine Rechtsauffassung zu den rechtlichen Gesichtspunkten offenbaren muss (2.).

Sollte diese Frage zu verneinen sein, ist in einem

zweiten Schritt zu überlegen, ob sich nicht unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise eine aus Art. 103 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Hinweispflicht ergibt (3.).

In einem dritten Schritt soll untersucht werden, ob der Umfang des erarbeiteten verfassungsrechtlichen Gebotes auch die Grenzen des § 278 III absteckt oder ob diese Norm eine besondere - nicht durch die Verfassung gedeckte - verfahrensmässige Verpflichtung an das Gericht ausspricht (4.).

2. Fordert Art. 103 GG ein Rechtsgespräch?

Umstritten ist in der verfassungs- und verfahrensrechtlichen Literatur, ob die Parteien aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ein verfassungsmässiges Recht herleiten können, mit dem Gericht in ein Rechtsgespräch dergestalt einzutreten, dass sich das Urteil nur auf eine zuvor gemeinsam erörterte Rechtsansicht stützen darf.

In die prozessrechtliche Diskussion wurde die Forderung nach einem Rechtsgespräch zwischen Verfahrensbeteiligten und Gericht von Adolf Arndt eingeführt und temperamentvoll vertreten¹. Arndt versteht unter einem Rechtsgespräch² Tätigkeit und Bemühen des Gerichts, den Parteien die rechtlichen Überlegungen offenzulegen, die nach richterlicher Überzeugung massgeblich sind³. Sie sollen befähigt werden, die rechtlichen Erwägungen nachzuvollziehen, um so unmittelbar an Auslegung und

1) NJW 1959 S. 6 ff.; S. 1297 ff; 1960 S. 1191 ff; 1962 S. 25 ff

2) Der Ausdruck geht auf die Antrittsrede des ehem.Präsidenten des BVerwG, Fritz Werner, zurück, vgl. Arndt NJW 1959, S. 8

3) NJW 1959, 7

Entwicklung des Rechts teilnehmen zu können⁴. Arndt begründet seine Forderung aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der sich nicht in einer Gelegenheit zur blossen Äusserung erschöpft⁵, sondern dem Gericht die Pflicht auferlegt, darauf hinzuwirken, "dass die Beteiligten auf das Entstehen der richterlichen Überzeugung von Wahrheit und Recht insgesamt mitberatend Einfluss nehmen" können⁶. Rechtliches Gehör gewähren, bedeutet für Arndt, die Verfahrensbeteiligten an der Rechtsfindung mitwirken zu lassen⁷. Dieses Mitwirkungsrecht der Parteien verlange aber keine "rechtstheoretische Diskussion" und "vorzeitige Bekanntgabe der noch gar nicht beratenen Rechtsmeinung" des Gerichts⁸.

Trotz dieser von Arndt selbst getroffenen Einschränkung bleibt das Charakteristische des Rechtsgesprächs die Arbeitsgemeinschaft⁹, zu der sich Gericht und Parteien mit der Bereitschaft, die eigene Rechtsmeinung in Frage zu stellen, zum Zwecke der Rechtsfindung zusammenfinden. Den Parteien steht das Recht zu, in dem Kommunikationsprozess die Rechtsmeinung des Gerichts zu bekämpfen. Dann muss dem Gericht aber auch die Pflicht obliegen, seine rechtlichen Überlegungen zumindest anzudeuten, verbunden mit der Bereitschaft, diese zu begründen und sich den rechtlichen Argumenten der Parteien zu öffnen.

4) NJW 1959, 1298

5) NJW 1959, 8; 1301

6) NJW 1959 S.8 und S. 1298, 1301

7) NJW 1959, 1298

8) NJW 1960 S. 1193 Fn.21

9) NJW 1959, 7

Aus diesem Verständnis ergibt sich, dass die Beteiligung der Parteien an der Rechtsfindung unabhängig von der Frage zu erfolgen hat, ob damit noch ein zusätzlicher entscheidungsrelevanter Tatsachenvortrag gefördert werden kann. Das Rechtsgespräch ist Mittel der Auseinandersetzung über die Richtigkeit der richterlichen Meinung und Legitimation für den Richterspruch. Um es zu rechtfertigen, dass die richterliche Meinung in Form eines Richterspruchs "verbindliche Aussage über eine Wahrheit ist, darf sie nach Art. 103 GG nicht ohne Einflussbefugnis der Verfahrensbeteiligten entstehen"¹⁰.

Die Literatur¹¹ hat nur vereinzelt eine Pflicht zum Rechtsgespräch mit den Parteien bejaht.

Zwar steht nach h.M.¹²

- besonders nach den Entscheidungen des BVerfG¹³ - fest, dass sich aus Art. 103 GG ein Recht der Parteien zu Rechtsausführungen ergibt. Das rechtliche Gehör schafft den Parteien jedoch kein Recht auf Kenntnisnahme der Rechtsauffassung des Gerichts und auf Erörterung derselben zum Zwecke einer richter-

10) so Arndt NJW 1959, 1298

11) v. Winterfeldt NJW 1961, S. 851; Kubisch NJW 1965, S. 1317; Pawlowski ZfP 80, 359 Fn. 67; Möhring-Nirk in 25 Jahre BGH, 312; Schönke-Kuchinke § 8 I 3 (b); Grunsky, Grundlagen § 25 III 1; zustimmend auch Jauernig § 25 I, obwohl er eine zwingende Ableitung aus Art. 103 GG verneint (vgl. § 25 XI)

12) Maunz-Dürig Art. 103 GG RZ 28 und 33; Rosenberg-Schwab § 85 III 2; Schönke-Kuchinke § 8 III 3; Blomeyer § 16 II 2 b; Zeiss § 32 II; Jauernig § 25 XI; Stein-Jonas Vorbem. IX 2 c zu § 128; Thomas-Putzo Einl. I 4 b; Schultz MDR 1959, S. 175; Zeuner FS Nipperdey S. 1025; Schwartz S. 18

13) BVerfGE 9, 236: Vorbringen "aller für wesentlich gehaltenen Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte"; ebenso BVerfGE 9, 266

lichen Beeinflussung¹⁴. Das BVerfG¹⁵ hat ausdrücklich eine Pflicht zum Rechtsgespräch im Rahmen der mündlichen Verhandlung aus Art. 103 GG verneint. Ebenso wurde wiederholt vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof entschieden¹⁶.

Der BGH¹⁷ hat eine Verpflichtung zur Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht wiederholt abgelehnt und in einer neueren Entscheidung¹⁸ ausgesprochen, "der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert es aber nicht, dass das Gericht alle rechtlichen Gesichtspunkte, unter denen die ihm vorgetragenen Tatsachen gewürdigt werden können, mit den Parteien in einem Rechtsgespräch erörtert".

Als Ergebnis ist festzustellen, dass vom überwiegenden Schrifttum und der festen Rechtsprechung der Obergerichte aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs keine

14) Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 28, 33-38, 71; Leibholz-Rinck Art. 103 RZ 8; Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 103 GG RZ 4; Rosenberg-Schwab § 85 III 3; Blomeyer § 16 II 2 b; Bernhardt § 23 IV; Zeiss § 32 II; Jauernig § 25 XI; Baur RZ 42; Stein-Jonas Vorbem. IX 2 c vor § 128; Schwartz S. 57 ff., Lorenz S. 233; Lesser DRiZ 1960, S.421; Jagusch NJW 1959, S.268; Laufs JR 1967 S.180 und in FS für Wahl S.13; Zeuner in FS für Nipperdey S. 1028; Lepa DRiZ 1969 S.8; Brüggemann JR 1969 S.366; Habscheid ZJP 79 S.456 und KTS 1963 S.9; Lerche ZJP 78 S.21; Sprung-König, Juristische Blätter 1977, 6; Wolf S. 39

15) BVerfGE 31 S.370; siehe auch Geiger NJW 1976 S.1393 in seiner abweichenden Meinung zu BVerfG NJW 1976, S. 1391, wo das Gericht zur Frage des Rechtsgesprächs allerdings nicht Stellung bezogen hat

16) BayVerfGH 13,26; 15,40; 17,73; 19,32; 23, 179

17) BGHZ 24, 278; 31, 46 für das Schiedsgerichtsverfahren

18) BGH NJW 1976 S.105; insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 65, 125

Pflicht zu einem Rechtsgespräch zwischen Gericht und Parteien und zur Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht abgeleitet wird. Auf die zahlreichen - verfassungsrechtlichen wie verfahrensmässigen - Argumente für die Ablehnung braucht hier nicht eingegangen zu werden¹⁹. Massgeblich bleibt allein für das Verständnis des § 278 III, dass eine allgemeine Hinweispflicht mit Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht nicht bereits von einem in Art. 103 GG verankerten Rechtsgespräch gefordert wird. Insoweit besteht kein verfassungsrechtliches Gebot, dem die Auslegung des § 278 III Rechnung zu tragen hätte.

3. Verpflichtet Art. 103 GG zu rechtlichen Hinweisen auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit von rechtlichen Gesichtspunkten?

Ergibt sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs keine Verpflichtung des Gerichts zu einem Rechtsgespräch, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob Art. 103 GG nicht wenigstens ein verfassungsrechtliches Gebot ausspricht, den Parteien die vom Gericht für massgeblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkte zumindest anzudeuten - also auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit hinzuweisen.

a) Ist diese Verpflichtung von grundsätzlicher Natur?

Wiederholt wird in Rechtsprechung²⁰ und Literatur²¹ betont, Art. 103 GG beinhalte auch die Funktion, die Parteien vor unvorhergesehenen Überraschungen zu schützen. Das Verbot der Überraschung sei "ein dem Gehör zugrundeliegender Gedanke"²².

19) vgl. nur Schwartz S.59 ff; Lerche ZP 78 S.9ff;12 ff.

20) BVerfGE 7,99; 19,51; 34,8; BGHST 11,91

21) Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 66; Schwartz S.57 m.w.N., Lerche ZP 78, 12 und 20; Hinz NJW 1976, 1188; Schultz MDR 1959, 175

22) Schwartz S. 57

Dieser Feststellung ist insoweit zuzustimmen, als sie der Funktion des rechtlichen Gehörs Rechnung trägt, eine *r i c h t i g e* Entscheidung zu gewährleisten²³, die auf einer möglichst vollständigen Entscheidungsgrundlage beruht²⁴. Dieser Zielsetzung willen fordert Art.103 GG als prozessuales Grundrecht, dass der Verfahrensbeteiligte nicht "Objekt des Verfahrens" sein dürfe, sondern zu Wort kommen und auf die Entscheidung Einfluss nehmen müsse²⁵. Ein Überraschungsurteil, das den Parteien die Möglichkeit beschneidet, angriffsweise auch ihnen vorteilhafte Tatsachen und Beweismittel vorzutragen, lässt sich damit in der Tat nicht vereinbaren. Dürig²⁶ weist zutreffend darauf hin, dass die Beteiligten nur dann Einfluss auf das Verfahren nehmen können, wenn sie Gelegenheit zu einem vollständigen Vorbringen auch ihnen günstiger Tatsachen und Beweismittel haben.

Insofern hat Art.103 GG nicht nur die negative Funktion, die eine Verwertung von Tatsachen und Beweisergebnissen, zu denen die Verfahrensbeteiligten nicht haben Stellung nehmen können, verbietet, sondern auch eine positive Funktion, mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln gehört zu werden²⁷.

Dennoch verhalten sich Literatur und Rechtsprechung bei der Frage, ob das Gericht zur Sicherstellung dieser Funktion zu rechtlichen Hinweisen verpflichtet sei, eher zurückhaltend. Dürig²⁸ betont, der dem rechtlichen Gehör zugrundeliegende Grundsatz eines Schutzes vor Überraschungen beinhalte nicht, "dass alle Vorschriften, die die Beteiligten vor Überraschungen

23) BVerfGE 7,278; 9,95; Kolb S.29; Lorenz S.230; Schwartz S.11

24) BVerfGE 7, 278; Pawlowski ZZP 80, 358; Lorenz S.230

25) BVerfGE 7,58; 9,95; Baur AcP 153, 403; Pawlowski ZZP 80, 358; Maunz-Dürig Art. 103 GG RZ 5

26) Maunz-Dürig Art. 103 GG RZ 30

27) Maunz-Dürig, aaO

28) Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 71

im Prozess schützen sollen, Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten rechtlichen Gehörs" seien. Auch aus dem von Art.103 GG garantierten Recht, zu Rechtsfragen Stellung nehmen zu können, ergebe sich nicht, dass das Gericht nur solche Rechtsansichten seiner Entscheidung zugrunde legen dürfe, zu denen sich die Parteien haben äussern können²⁹. Die Partei habe nur das Recht, sich zu dem Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu äussern, nicht jedoch zu den vom Gericht für entscheidungserheblich gehaltenen rechtlichen Erwägungen³⁰. Art.103 GG begründe weder eine allgemeine Hinweis- und Aufklärungspflicht, noch eine Verpflichtung des Gerichts, seine zukünftige Entscheidung anzudeuten³¹.

Diese restriktive Auslegung der h.M. entspricht der Grundüberlegung, Art.103 GG gewährleiste nur ein Minimum an rechtlichem Gehör³². Die verfahrensmässigen Regelungen, die eine rechtliche Hinweispflicht normieren, seien zwar Ausgestaltungen dieses Grundsatzes, vom Normbereich des Art.103 GG werden sie jedoch nicht zwingend gedeckt³³.

b) Besteht die Verpflichtung in Ausnahmesituationen?

Trotz dieser grundsätzlich restriktiven Auslegung wird in Literatur und Rechtsprechung eine verfassungsrechtlich gewährleistete Hinweispflicht auf die mögliche

29) Maunz-Dürig, aaO

30) Maunz-Dürig, aaO

31) aaO; Maunz, Sigloch, Schmidt-Bleibtreu, Klein Rdn.66 zu § 90 BVerfGG

32) BVerfGE 7, 57; 21,137; Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 20; Schwartz S.14

33) Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 28 und 71 unter Hinweis auf § 265 StPO; ebenso zu § 265 StPO BayVerfGH 11, 195 = NJW 1959, 286 mit Anm. Röhl

Entscheidungserheblichkeit rechtlicher Gesichtspunkte in Ausnahmefällen bejaht - nämlich dann, wenn durch das Verhalten des Gerichts den Parteien "eine Position rechtlich geschützten Vertrauens (zugewachsen ist), die ihnen nicht ohne zuvoriges rechtliches Gehör entzogen werden darf"³⁴. In diesen Ausnahmesituationen werde dem rechtlichen Gehör nicht Genüge geleistet, "wenn das Gericht den Beteiligten nur die gewissermassen abstrakte Möglichkeit einräumt, Rechtsansichten zu äussern"³⁵.

Aber auch hier gehen die Standpunkte in der Literatur auseinander. So wird eine rechtliche Hinweispflicht aus Art.103 GG gefordert,

- a) wenn das Gericht seine Rechtsauffassung den Parteien bereits mitgeteilt hat und erkennen liess, dass es eine bestimmte Frage für unerheblich halte und Ausführungen der Beteiligten dazu daher entbehrlich seien. In diesem Fall hat das Gericht die Parteien zu hören, wenn es in der Entscheidung von seiner bekanntgegebenen Ansicht abweichen will³⁶,
- b) wenn das Gericht von seiner gefestigten Rechtsprechung abweichen will³⁷,
- c) wenn das Gericht einen rechtlichen Gesichtspunkt erwägt, der in dieser Art im Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht erörtert worden war³⁸.

34) Brüggemann JR 1969 S.367

35) Zeuner FS Nipperdey S. 1028

36) Rosenberg-Schwab § 78 III 1 c; Blomeyer § 16 II 2 b; Zeiss, 2.A. § 32 II; Stein-Jonas Vorbem. IX 2 c vor § 128; Schwartz S.57, Zeuner FS Nipperdey S.1028; Brüggemann JR 69,367; Habscheid ZJP 79,456 f; Rausche S.43

37) BVerwG NJW 1961,891; 1549; BayVerfGHE 15,40; Lorenz, S.234; Lerche ZJP 78,20; ablehnend demgegenüber Stein-Jonas Vorbem. IX 2c vor § 128; Röhl NJW 1964,277; Brüggemann JR 69,367; Jagusch NJW 1962, 1647; zweifelnd Zeuner FS Nipperdey S.1029

38) Brüggemann JR 1969 S.367

Bei der Fallgestaltung unter a) wird von den Vertretern einer verfassungsrechtlich verankerten Hinweispflicht betont, nur durch ein richterliches Tätigwerden vermögen die Parteien Tatsachen- und Beweismittel vorzubringen, "die sie - gestützt auf die Meinung des Gerichts - als 'unerheblich' ausgeschieden hatten, die sich aber nun als prozessentscheidend erweisen"³⁹. Ohne einen rechtlichen Hinweis würde den Parteien die Wahrnehmung ihres Rechts auf Gehör unmöglich werden, da sie "anders nicht erkennen (können), welche neuen oder weiteren Tatsachen entscheidungserheblich und damit vorzutragen sind"⁴⁰.

Die Begründung der Hinweispflicht mit der möglichen Beschneidung parteilicher Angriffs- und Verteidigungsmittel durch gerichtliches Verhalten wird der positiven Funktion des Art.103 GG gerecht, den Parteien Gelegenheit zum angriffsweisen Vorbringen von Tatsachen- und Beweismitteln zu bieten. Die bei Fallgruppe a) sich auf Art.103 GG berufende Meinung fordert eine Hinweispflicht als verfassungsmässiges Gebot also nur dann, wenn das Gericht durch seine Verfahrensleitung die Beteiligten davon abgehalten hat, entscheidungserhebliches Vorbringen in das Verfahren einzuführen. Es wird ausdrücklich auf die Beschneidung des parteilichen Tatsachenvortrages abgestellt. Da das Verhalten des Gerichts den Parteien eine bestimmte Prozessrichtung vorgewiesen hat, die letztlich für die Entscheidung nicht ausschlaggebend ist, kann das verfassungsmässige Recht der Parteien auf Gehör und damit auf Einflussnahme auf das Verfahren nur noch mit einem Tätigwerden des Gerichts sichergestellt werden.

39) Habscheid ZP 79,457; KTS 1963, 9; so auch Zeuner FS Nipperdey S.1028

40) Schwartz S. 57

In Beispiel b) ist dagegen schon zweifelhaft, ob eine feste Rechtsprechung bei den Parteien eine Vertrauensposition schaffen kann, die nur noch durch vorherigen rechtlichen Hinweis wieder entzogen werden darf. Denn hier lenkt das Gericht nicht durch ein widersprüchliches Verhalten im k o n k r e t e n Verfahren den Blickwinkel der Parteien in eine bestimmte Richtung. Diese sind vielmehr nur von einer allgemeinen Spruchpraxis ausgegangen, die für sich allein keine Vertrauensposition begründet⁴¹. Dieser Umstand mag dafür massgeblich sein, dass eine verfassungsmässige Hinweispflicht für Fallgruppe b) nur vereinzelt gefordert wird.

Brüggemann⁴², der in Fallgruppe c) eine verfassungsrechtliche Gewährleistung auf Stellungnahme bejaht, begründet seine Meinung schon nicht mehr mit einer Position zugewachsenen Vertrauens durch das Verhalten des Gerichts, sondern mit der Notwendigkeit einer Mitwirkung der Parteien an der Rechtsfortbildung. Es ist aber äusserst zweifelhaft, ob diese rechtspolitische Forderung in Artikel 103 GG eine Stütze finden kann.

c) Zusammenfassung

Als Ergebnis ist festzustellen, dass unter bestimmten Voraussetzungen von einem Teil der Literatur eine rechtliche Hinweispflicht d i r e k t aus Art. 103 GG bejaht wird. Die Grenzlinie ist jedoch fließend. Ansatzpunkt der h.M. ist das Beschneiden des partei-lichen Tatsachenvortrages durch widersprüchliches Verhalten des Gerichts. Eine Änderung der Rechtsauffassung

41) vgl. zu dem Problem BVerfGE 18, 240 f; Leibholz-Rinck Art. 20 GG RZ 40 a.E.

42) JR 1969, 367

des Gerichts fordert von Verfassungen wegen ein Tätigwerden in Form von Hinweisen, wenn die Parteien von der aufgegebenen Rechtsauffassung des Gerichts ausgehen und danach ihr Vorbringen ausrichten. Das gilt nach h.M. aber nur dann, wenn das Gericht im Verfahren den Parteien bereits seine Meinung bekanntgegeben hat und nun davon abweichen will. Will es dagegen seine stetige Rechtsprechung ändern und hat es sich in dem Verfahren noch nicht auf seine bisherige Rechtsauffassung festgelegt, ist eine Hinweispflicht nach h.M. entbehrlich. Art.103 GG schützt die Parteien insofern nur vor einem "venire contra factum proprium" der richterlichen Verfahrensleitung, das das Mitwirkungsrecht der Parteien im Verfahren beschneiden kann. Die h.M. bemüht die dem Art. 103 GG innewohnende Funktion, den Parteien Gelegenheit zum angriffsweisen Vorbringen von Tatsachen- und Beweismitteln zu geben, nur dann für eine verfassungsrechtliche Absicherung von rechtlichen Hinweisen, wenn das Gericht die Mitwirkungsbefugnis der Parteien durch eigenes Verhalten beeinträchtigt hat. Aus dem Recht "in Rechtsfragen Stellung nehmen zu können, lässt sich aber nicht folgern, das Gericht dürfe seiner Entscheidung nur solche Rechtsansichten zugrundelegen, zu denen sich die Beteiligten äussern konnten, folglich habe das Gericht den Beteiligten die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte anzudeuten"⁴³.

Berücksichtigt man diese restriktive Auslegung des Art. 103 GG, verwundert die BGH-Entscheidung vom 19.12.1975⁴⁴, da sie nicht auf der aufgezeigten Linie liegt. Sie würde der dargestellten Literaturmeinung zur Fallgruppe a) entsprechen, wenn das Berufungsgericht die Parteien

43) Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 71

44) NJW 1976 S.474 = MDR 1976, S. 379; Wiedergabe des Sachverhalts auf S. 103 f.

vorher hat wissen lassen, dass es die Frage der Aktiv-Legitimation des Berufungsbeklagten - wie das erstinstanzliche Gericht - nach deutschem Recht beurteilen will, dann aber doch schweizerisches Recht anwendet. Aber weder der Sachverhalt noch die Entscheidungsgründe deuten darauf hin. Betont wird nur, dass "in den übrigen Instanzenentscheidungen die Aktiv-Legitimation stets nach deutschem Recht entschieden"⁴⁵ und die Frage einer Anwendung ausländischen Rechts in der mündlichen Berufungsverhandlung nicht erörtert wurde. Insofern ist Hinz⁴⁶ zuzustimmen, der auf die Gefahr hinweist, das Urteil könne den Eindruck erwecken, jeder Verstoss gegen eine Aufklärungspflicht beinhalte auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die dargestellten, engen Ausnahmen für eine verfassungsmässig gebotene rechtliche Hinweispflicht zeigen, dass dies gerade nicht der Fall ist. Der Berufung Grunskys⁴⁷ auf das Urteil zur Untermauerung seiner Feststellung, nach Art.103 GG sei schon bisher den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren und eine Überraschungsentscheidung auch nach altem Recht unzulässig gewesen, kann nicht gefolgt werden. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs ist mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der überwiegenden Literaturmeinung nicht zu vereinbaren.

45) BGH, aaO

46) Hinz NJW 1976, 1188

47) JZ 1977 S. 204

4. Die Voraussetzungen einer Hinweispflicht nach
§ 278 III im Verhältnis zum verfassungsrechtlichen
Gebot des Art. 103 GG

Sind die Voraussetzungen eines verfassungsmässigen Gebotes zu rechtlichen Hinweisen festgestellt, ist nunmehr auf die Frage einzugehen, ob § 278 III gegenüber Art. 103 GG eine selbständige Bedeutung zukommt.

a) Literaturmeinung

In der Literatur wird der Zusammenhang zwischen § 278 III und dem rechtlichen Gehör zwar betont, unklar bleibt jedoch das genaue Verhältnis der verfahrensmässigen Vorschrift zum Art. 103 GG.

Mümmeler⁴⁸ stellt fest, § 278 III bedeute eine "Übernahme des verfassungsrechtlichen Postulats des rechtlichen Gehörs in die ZPO". Hinz⁴⁹ betont, der Gesetzgeber komme mit § 278 III "nur seiner Aufgabe zur näheren Ausgestaltung des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör nach". Der Regelungsbereich des § 278 III sei aber durch die Verfassungsvorschrift nicht zwingend gedeckt⁵⁰. Demgegenüber meint Grunsky⁵¹, § 278 III bringe in der Sache "insofern wenig Neues, als sich schon aus Art. 103 GG ergibt, dass die Partei Gelegenheit zur Stellungnahme haben muss. Überraschungsentscheidungen waren auch bisher unzulässig". Auf der gleichen Argumentationsebene befindet sich Schwab⁵², wenn er betont, das rechtliche Gehör verlange auch, "dass das Gericht einer Partei

48) Jur.Büro 1977, S. 758; ebenso Wolf, S. 38

49) NJW 1976, S. 1187

50) aaO, S. 1188

51) JZ 1977, S. 204

52) Rosenberg-Schwab § 85 III 4

Gelegenheit zur Ausserung gibt, wenn diese einen rechtlichen Gesichtspunkt erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat (§ 278 III)". Hier wird der Normbereich des § 278 III von Art. 103 GG als gedeckt angesehen.

b) Eigene Stellungnahme

Diejenige Literaturmeinung, welche einer Deckungsgleichheit zwischen Art. 103 GG und § 278 III das Wort redet, übersieht den massgeblichen Unterschied, der zwischen den Regelungsbereichen beider Normen besteht: im Gegensatz zu Art. 103 GG macht § 278 III die Hinweispflicht grundsätzlich **n i c h t** von einem bestimmten vorherigen, zum später eingenommenen Standpunkt in Widerspruch stehenden Verhalten des Gerichts abhängig. Der Wortlaut fordert keine derartige eingrenzende Interpretation.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht hervor, dass der Gesetzgeber die Hinweispflicht nicht von einer solchen Voraussetzung hat abhängig machen wollen. Der Formulierungsvorschlag des Bundesrates⁵³ stellte noch ausdrücklich auf das widersprüchliche Verhalten des Gerichts als Voraussetzung für die Hinweispflicht ab. Nach diesem Vorschlag musste den Parteien bereits eine Position rechtlich geschützten Vertrauens durch das Verhalten des Gerichts zugewachsen sein⁵⁴, um ein Tätigwerden des Gerichts zu begründen. In der Tat entsprach auch dieser Formulierungsvorschlag den Voraussetzungen, die die Literatur an eine verfassungsmässig begründete Hinweispflicht stellt. Der Vermittlungsausschuss hat mit seiner Formulierung diesen Anknüpfungspunkt nicht mehr berücksichtigt.

53) BR-Drucks. 386/76 = BT-Drucks. 7/5499
Wiedergabe des Wortlautes auf S. 82

54) vgl. unter IX 1 b

Der Regelungsbereich des §278 III geht somit über das verfassungsrechtliche Gebot hinaus, als **k e i n e** Anknüpfung der Hinweispflicht an ein bestimmtes, den Parteien erkennbar gewordenes Verhalten des Gerichts erfolgt. In den Voraussetzungen deckt sich der Normbereich des Art. 103 GG nicht mit § 278 III. Die Hinweispflicht unter den von § 278 III aufgestellten Voraussetzungen ist ein selbständiges, verfahrensmässiges Gebot - verfassungsrechtlich gefordert wird sie nicht.

4. HAUPTTEIL:

A: Umfang der Hinweispflicht nach § 278 III

XII. Verpflichtet § 278 III zur Offenlegung der richterlichen Rechtsauffassung?

1. Literaturmeinung

Besteht von Verfassungs wegen keine allgemeine Pflicht zur Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht¹, ist nunmehr der Frage nachzugehen, ob sich diese Verpflichtung aus § 278 III ergibt. Muss das Gericht nach dieser Vorschrift tätig werden, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel den übersehenen oder verkannten rechtlichen Gesichtspunkten anzupassen, ist jetzt zu überlegen, ob damit die Verpflichtung verbunden ist, die eigene Rechtsauffassung zu dem bezeichneten rechtlichen Gesichtspunkt den Parteien zu offenbaren.

Der Wortlaut des § 278 III bezieht das Äusserungsrecht der Parteien nur auf den übersehenen oder verkannten rechtlichen Gesichtspunkt - nicht jedoch auf dessen konkrete rechtliche Beurteilung durch das Gericht.

Die Literaturmeinung zum Umfang der Hinweispflicht ist nicht eindeutig. Nach Hartmann² braucht das Gericht "seine rechtlichen Erwägungen nur knapp zu umreißen". Eine "öffentliche Beratung des gesamten Problems", sowie eine "erschöpfende Darlegung des wissenschaftlichen

1) vgl. dazu oben XI 2, 3

2) Baumbach-Hartmann § 278 Anm. 5 E; NJW 1978, S. 1460

Meinungsstreites" sei nicht erforderlich. Nach Putzo³ schreibt § 278 III keine "uferlose Erörterung aller möglichen Überlegungen vor, auf die die Parteien bisher selbst noch nicht gekommen sind". Schneider⁴ zieht aus der Norm die Schlussfolgerung, der Richter müsse "willens und in der Lage sein, seine eigene rechtliche Beurteilung zu begründen, zu verteidigen, aber auch in Zweifel ziehen zu lassen". Das Gericht sei bei einem übersehenen oder für unerheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkt gehalten, "die eigene rechtliche Würdigung offenzulegen"⁵. Franzki⁶ versteht § 278 III sogar als gesetzliche Gewährleistung des Rechtsgesprächs. Bender⁷ sieht in der Stuttgarter Praxis, die Gründe des beabsichtigten Urteils noch in der mündlichen Verhandlung bekanntzugeben, zwar den "besten Schutz gegen Überraschungsurteile", jedoch eine "Überfüllung des § 278 III".

Weder die vorherige Bekanntgabe der Urteilsgründe, noch irgendeine Massnahme der richterlichen Prozessleitung, die über einen Hinweis auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes hinausgeht, wird von § 278 III vorgeschrieben. Der Rechtsausschuss hat in seiner Gesetzesfassung bewusst den Formulierungsvorschlag des § 139 IV RefE⁸ nicht übernommen. In der dortigen⁹ Begründung hiess es noch, § 139 IV RefE solle auf ein "echtes Rechtsgespräch hinwirken". Unter Bezugnahme auf die, einer

3) Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b aa

4) MDR 1977, S. 881

5) MDR 1977, S. 969; dagegen Baur ZP 91, 330

6) DRiZ 1977, S. 164; dagegen Arens, Zivilprozessrecht, RZ:37; Rosenberg-Schwab § 85 III 4; Thomas-Putzo § 278 Anm.3 b aa; Baumgärtel NJW 1978, S. 931

7) Das Verfahren, RZ.117

8) zu der Formulierung vgl. S. 20

9) Maschinenschriftliche Begründung zum RefE 1973, S. 66 und 67

Pflicht zur Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht ablehnend gegenüberstehenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung zu Art. 103 GG, sollte § 139 IV RefE dem Gericht die Pflicht zur "umfassenden Erörterung"¹⁰ aller Rechtsfragen auferlegen. Deubner¹¹ folgerte aus der Formulierung des § 139 IV RefE denn auch zurecht, er fordere "unmissverständlich eine Vorwegnahme der Urteilsargumentation in der mündlichen Verhandlung".

Der Rechtsausschuss hat mit seiner Formulierung bewusst davon abgesehen. Er betonte ausdrücklich, das Gericht müsse zwar für eine angemessene Äusserungsmöglichkeit der Parteien Sorge tragen, brauche jedoch nicht seine Rechtsauffassung zu den bekanntgegebenen rechtlichen Gesichtspunkten darzulegen¹².

Auch die von der Rechtsprechung zu § 139 entwickelten Grundsätze, die mit § 278 III Eingang in die "allgemeine gerichtliche Praxis" finden sollen¹³, verpflichten nicht zur Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht. Keine der oben erörterten Entscheidungen hat eine entsprechende Forderung mit § 139 begründet. Zwar wurde die Verpflichtung des Gerichts klargestellt, auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit des übersehenen rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen. Es wurde jedoch niemals die Ansicht vertreten, die konkrete Beurteilung dieses Gesichtspunktes im Entscheidungszusammenhang müsse offengelegt werden.

So hat sich auch durch die Einfügung des § 278 III in den Regierungsentwurf nichts an der dort¹⁴ getroffenen Feststellung geändert, es verbleibe weiterhin im Ermessen des Gerichts, ob es "seine beabsichtigte Entscheidung darlegt und den Parteien ... Gelegenheit gibt, dazu Stellung zu nehmen". Die Offenlegung der richterlichen Rechtsansicht noch in der mündlichen Verhandlung

10) RefE 1973, aaO

11) in FS Schiedermaier S. 89

12) BT-Drucks. 7/5250, S.9

13) BT-Drucks. 7/5250, aaO

14) BT-Drucks. 7/2720 S. 27

bleibt auch weiterhin kein zwingendes Gebot unseres Zivilprozesses, sondern der Entscheidung des einzelnen Richters anheimgestellt. Die Norm räumt den Parteien ein Recht auf Stellungnahme zu den entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkten ein. Sie gibt ihnen aber kein Recht, über die Rechtsauffassung des Gerichts informiert zu werden.

2. Eigene Stellungnahme

Der Beschränkung der Hinweispflicht auf die bloße Entscheidungserheblichkeit eines rechtlichen Gesichtspunktes ist beizupflichten. Eine vorbereitete und den Streitstoff überblickende Prozessleitung wird immer in der Lage sein, die mögliche Entscheidungserheblichkeit von rechtlichen Gesichtspunkten schon während des Verfahrens zu erkennen. Die abschliessende konkrete Beurteilung des rechtlichen Gesichtspunktes wird sich häufig jedoch erst in der Abschlussberatung herausbilden¹⁵. Eine vorherige Bekanntgabe der richterlichen Rechtsansicht würde das Beratungsergebnis vorwegnehmen und unter der Hypothese stehen, dass sich aus der Schlussberatung nichts anderes ergibt.

Weiterhin ist zu bedenken, dass der Richter zu einer Meinungsbildung über die rechtliche Würdigung eines Gesichtspunktes im Entscheidungszusammenhang schwerlich in der Lage sein wird, wenn die damit zusammenhängenden Tatsachen noch nicht vollständig vorliegen.

15) darauf weisen in diesem Zusammenhang hin: Jagusch NJW 1959, 268; Zeuner FS Nipperdey, S. 1028; Brüggemann JR 1969, S. 366; Bernhardt § 23 IV; Zeiss 2.A., § 32 II; Thomas-Putzo § 278 Anm. 3 b aa

Die richterliche Überzeugungsbildung über die konkrete Beurteilung eines rechtlichen Gesichtspunktes ist aber abhängig von den Tatsachen, die die Parteien dem Richter zur Entscheidung unterbreiten. Erst wenn die tatsächlichen Grundlagen vollständig feststehen, kann sich der Richter eine endgültige Meinung bilden. Bezwecken die Hinweise aber gerade, die Parteien zu einem v o l l s t ä n d i g e n Tatsachenvortrag anzuhalten, kann damit nicht auch eine Bekanntgabe der richterlichen Rechtsansicht verbunden werden, die über einen Hinweis auf die mögliche Entscheidungserheblichkeit hinausgeht.

Der von Franzki¹⁶ aufgestellten Behauptung, § 278 III erweitere die Hinweispflichten, indem er das Rechtsgespräch gewährleiste, kann ebensowenig gefolgt werden, wie der Meinung Schneiders¹⁷, das Gericht habe bei Übersehenen oder für unerheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkten die eigene rechtliche Würdigung offenzulegen. Beide Autoren berücksichtigen nicht, dass § 278 III "nur" auf ein vollständiges Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln hinwirken, nicht jedoch ein Mitwirkungsrecht der Parteien an der Rechtsfindung statuieren will. Um dieser Zielsetzung willen erschien es dem Gesetzgeber aber gerade nicht erforderlich, über einen Hinweis auf die Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes hinaus das Gericht zur Offenlegung seiner Rechtsansicht zu verpflichten.

16) DRiZ 1977, S. 164 f.

17) MDR 1977, 969

Dem Gericht obliegt also lediglich, auf die Entscheidungserheblichkeit des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen und für eine angemessene Ausserungsmöglichkeit der Parteien Sorge zu tragen. Insofern ist das Gericht zwar verpflichtet, seine Meinung über die Frage einer möglichen Berücksichtigung des konkreten rechtlichen Gesichtspunktes offenzulegen, nicht jedoch darüber hinaus dessen rechtliche Beurteilung -sofern sie überhaupt stattgefunden hat- bekanntzugeben. Hinzuweisen ist auf den vom Gericht eingeschlagenen Weg der Rechtsfindung, nicht jedoch auf das -möglicherweise noch gar nicht gefundene- Ergebnis.

Auch bei dieser einschränkenden Auslegung wird dem von Arndt¹⁸ für das Rechtsgespräch angeführten Argument, erst im Blickwinkel einer Rechtsauffassung zeige sich, welcher Sachverhalt erheblich wird, voll Rechnung getragen. Die Kenntnis der Parteien von den massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkten des Streitfalles stellt sicher, dass der entscheidungsrelevante Tatsachenstoff auch vorgebracht wird. Eine Verpflichtung des Gerichts, die über einen Hinweis auf die Entscheidungserheblichkeit hinausgeht, würde gegenüber der von § 278 III bezweckten Gewährleistung eines vollständigen Vortrages von Angriffs- und Verteidigungsmitteln ein "Mehr" bedeuten. Denn wissen die Parteien bereits, worauf es dem Gericht ankommt, können sie über ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel auch optimal disponieren. Eine Offenlegung der rechtlichen Würdigung ist dann nicht mehr erforderlich.

18) NJW 1959, S. 7

XIII. Zusammenfassung: Das Normverständnis des § 278 III

1.

§ 278 III als verfahrensmässige Konkretisierung des verfassungsmässigen Rechtes der Parteien, mit Angriff und Verteidigung gehört zu werden.

Gerade weil Art. 103 GG und § 278 III eine Hinweispflicht an unterschiedliche Voraussetzungen anknüpfen, besteht ein enger Zusammenhang zwischen beiden Regelungsbereichen im Sinne einer gegenseitigen Ergänzung. Art. 103 GG gibt den Parteien zwar das Recht, mit Angriff und Verteidigung gehört zu werden. Der Verfassungsgrundsatz zwingt die richterliche Prozessleitung jedoch nicht, durch rechtliche Hinweise dieses verfassungsmässige Recht zu gewährleisten und abzusichern¹. Diese Funktion kommt **a l l e i n** § 278 III zu. Werden den Parteien die Überlegungen des Gerichts offenbart, die die Entscheidungserheblichkeit eines rechtlichen Gesichtspunktes begründen, wird damit sichergestellt, dass die Parteien die Richtung des Prozessverlaufes und die Erheblichkeit von Angriffs- und Verteidigungsmitteln erkennen. Mit dem verfahrensmässigen Instrument der rechtlichen Hinweise wird somit das verfassungsmässige Recht der Parteien abgesichert, ihnen günstige Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen und damit Gehör zu finden.

2. § 278 III als Fürsorgepflicht des Gerichts zur Sicherstellung der parteilichen Herrschaft über den Tatsachenstoff

Neben der erstgenannten - vornehmlich auf Art.103 GG

1) vgl. dazu unter XI 3

bezogenen Funktion - berücksichtigt und verstärkt das hier vertretene Verständnis der Hinweispflicht die besondere zivilprozessuale Eigenheit der alleinigen Verantwortung der Partei über den Tatsachenstoff.

Nach dem Verhandlungsgrundsatz steht die Beibringung und Feststellung des Tatsachenstoffes allein im Aufgabenbereich und zur Disposition der Parteien. Die Entscheidungsrelevanz tatsächlichen Vorbringens hängt - wie aufgezeigt - von den konkret zur Entscheidung stehenden rechtlichen Gesichtspunkten ab. Die Rechtsfindung wiederum gehört zum alleinigen Aufgabenbereich des Gerichts. Diese Aufgabentrennung kann zur Folge haben, dass entscheidungserhebliches Vorbringen deshalb unterbleibt, weil die Parteien aufgrund Unkenntnis der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte die Entscheidungsrelevanz von Angriffs- und Verteidigungsmitteln verkennen. Sie werden dann erst ihrer Aufgabe, diese Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen, nachkommen können, wenn das Gericht nicht die Initiative der Parteien abwartet, sondern von sich aus tätig wird. Dieser besonderen Schutzwürdigkeit der Parteien trägt § 278 III Rechnung, indem er dem Gericht eine Fürsorgepflicht gegenüber den Prozessbeteiligten aufträgt, deren Herrschaft über die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung durch richterliches Tätigwerden abzusichern. Die Hinweispflicht versteht sich somit als ein Instrument der richterlichen Prozessleitung zur Sicherstellung der Herrschaft der Parteien über den Tatsachenstoff. Die Parteien können so die Entscheidungserheblichkeit von Angriffs- und Verteidigungsmitteln erkennen und gezielt darüber disponieren.

4. HAUPTTEIL:

B. Art und Weise der Hinweispflicht

XIV: Befähigung der Parteien zu einer sachgemässen Stellungnahme

Die Anforderungen, die an das Gericht für die Art und Weise der Hinweistätigkeit zu stellen sind, müssen sich an dem von § 278 III aufgestellten Gebot ausrichten, den Parteien eine *s a c h g e m ä s s e* Stellungnahme zu ermöglichen¹. Bei der Antwort auf die Frage, wie und zu welchem Zeitpunkt das Gericht seiner Hinweispflicht nachzukommen hat, muss daher berücksichtigt werden, dass den Parteien Gelegenheit gegeben wird, die Hinweise des Gerichts verwerten zu können und ihr weiteres prozessuales Vorgehen darauf einzurichten.

1. Berücksichtigung der intellektuellen Aufnahme- fähigkeit der Parteien

Von dieser Grundüberlegung ausgehend, wird dem Gebot des § 278 III sicherlich dann nicht Genüge getan, wenn der Hinweis eine Stellungnahme der Parteien zur Folge hat, die weniger eine Erörterung als eine "Farce"² darstellt. Diese Gefahr besteht, wenn das Gericht zwar auf die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte aufmerksam macht, die Parteien jedoch intellektuell nicht in der Lage sind, deren Voraussetzungen und Bedeutung zu erkennen - also mit den rechtlichen Hinweisen nichts anzufangen wissen. Das kann vor allem im Amtsgerichtsprozess Wirklichkeit werden, wenn die Partei anwaltlich nicht vertreten ist.

1) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

2) so ausdrücklich Baumbach-Hartmann § 278 Anm. 5 D;
Hartmann AnwBl 1977, 94

Beispiel:

Der Richter weist die beklagte Partei darauf hin, dass seiner Meinung nach Sachmängelansprüche nicht gegeben sind, jedoch Ansprüche aus culpa in contrahendo in Betracht kommen können. Die Beklagte weiss mit diesem Rechtsinstitut nichts anzufangen.

Mit der blossen Benennung der rechtlichen Konstruktion oder der konkreten Norm ist der anwaltlich nicht vertretenen Partei wenig geholfen. Eine umfassende Stellungnahme dazu kann schwerlich erwartet werden. Zwar ist ein Hinweis erfolgt, dieser ist jedoch nicht geeignet, der Partei eine sachgemässe Äusserungsmöglichkeit zu geben, da sie intellektuell nicht in der Lage ist, den Hinweis in ihre Überlegungen aufzunehmen.

Daraus folgt als Minimalforderung, dass die Hinweispflicht sich nicht in einer blossen Bekanntgabe des rechtlichen Gesichtspunktes an die Parteien erschöpfen darf und es diesen nun überlassen bleibt, was sie mit den Hinweisen anfangen. Das Hinweisen darf sich nicht auf ein "Abspulen" der für die Entscheidung in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkte beschränken. § 278 III verbietet nicht lediglich ein richterliches "Unterlassen". Die Vorschrift beschränkt sich nicht auf das Verbot, den Parteien die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte zu verschweigen, sondern gebietet ein richterliches Tätigwerden: der Richter hat eine sachdienliche Äusserung der Beteiligten herbeizuführen³.

3) BT-Drucks. 7/5250 S. 9

In unserem Beispiel ist der Richter seiner Hinweispflicht nicht im Sinne des Gesetzes nachgekommen. Um den sich aus § 278 III gestellten Minimalforderungen gerecht zu werden, hätte er sich bei seinem Hinweis an der intellektuellen Aufnahmefähigkeit der Partei ausrichten müssen. Zu Recht fordert Jauernig⁴, das Gericht habe im Rahmen seiner gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 139 auf eine "Zerlegung von Rechtsbegriffen (hinzuwirken), in welche die Parteien ihre tatsächlichen Anführungen einkleiden", damit die Tatsachen deutlich werden, "aus denen sie diese rechtliche Qualifizierung ableiten"⁵. Die Forderung Jauernigs bezieht sich auf Ausführungen der Parteien innerhalb der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 139. Sie muss auch umgekehrt für Rechtshinweise des Gerichts innerhalb seiner Verpflichtung aus § 278 III Geltung beanspruchen, denn der Grundgedanke ist beidesmal derselbe: die Parteien müssen die Tatsachen erkennen, die für die rechtliche Subsumtion Bedeutung erlangen können. Nur so können sie befähigt werden, bei ihrer Stellungnahme die rechtliche Bedeutung ihrer tatsächlichen Ausführungen zu berücksichtigen.

Bei einer anwaltlich vertretenen Partei reicht es aus, wenn das Gericht sich auf abstrakte Rechtserwägungen beschränkt. Es kann erwartet werden, dass der Anwalt diese für das konkrete Verfahren verwerten kann. Der Vorteil einer Anwesenheit der Parteien im Anwaltsprozess sollte vom Gericht aber auch genutzt werden. Zwar ist hier die intellektuelle Aufnahmefähigkeit der Parteien höher einzuschätzen und damit die Anforderungen an Art und Weise der rechtlichen Hinweistätigkeit geringer anzusetzen, weil damit gerechnet

4) ZPR § 25 VII 4; in diesem Sinne auch Wassermann S.113

5) Jauernig, aaO

werden kann, dass der Prozessbevollmächtigte seiner Partei die rechtlichen Gesichtspunkte für die Gesamtwürdigung der Prozesslage verständlich macht. Dennoch sollte das Gericht bemüht sein, die seinen rechtlichen Erwägungen zugrundeliegenden tatsächlichen Gesichtspunkte den Parteien deutlich zu machen. Dies kann der Sachgemässheit der parteilichen Stellungnahme nur dienlich sein.

Im Amtsgerichtsprozess ist für den Regelfall von Rechtskenntnissen nicht auszugehen. Mit einem blossen Hinweis von Seiten des Gerichts kann es nicht sein Bewenden haben. Hier muss zwingend gefordert werden, dass sowohl auf die tatsächlichen, als auch auf die rechtlichen Voraussetzungen der rechtlichen Gesichtspunkte aufmerksam gemacht wird. So hätte in unserem Beispielfall die beklagte Partei - falls das Verfahren vor dem Amtsgericht ohne Prozessbevollmächtigten stattgefunden hat - auf die die Haftung aus c.i.c. begründenden Umstände (vertragsähnliches Pflichtenverhältnis, Verschulden etc.) hingewiesen werden müssen.

2. Rechtzeitigkeit des rechtlichen Hinweises

Das Normgebot des § 278 III, die Parteien zu einer sachgemässen Stellungnahme zu befähigen, setzt neben der Berücksichtigung der intellektuellen Aufnahmefähigkeit der Parteien weiter voraus, dass das Gericht seiner Verpflichtung rechtzeitig nachkommt. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht eindeutig, zu welchem verfahrensmässigen Zeitpunkt den Parteien gegenüber die Hinweise abzugeben sind.

a)

Versteht man § 278 III als verfahrensmässige Konkretisierung des rechtlichen Gehörs⁶, so liegt es nahe, die für den Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs entwickelten Grundsätze entsprechend auf § 278 III anzuwenden. Auch dort geht es um die Gewährleistung eines Rechts auf sachliche Äusserung⁷. Doch sind die Meinungen, wann nach Art. 103 GG Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren ist, nicht einheitlich.

So vertritt ein Teil der Literatur den formalen Standpunkt, das Gehör müsse vor Erlass einer die Parteien betreffenden Entscheidung⁸ oder (berücksichtigend, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör den gesamten Prozessstoff umfassen müsse) am Ende der letzten mündlichen Verhandlung erfolgen⁹.

Von dieser Grundüberlegung gehen wohl auch Hartmann und Putzo aus, wenn sie feststellen, der rechtliche Gesichtspunkt müsse erörtert werden, "bevor die nächste Entscheidung auf ihn gestützt werden darf"¹⁰, bezw. die Hinweispflicht obliege dem Gericht "vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht (§ 296 a)"¹¹.

Die Bezugnahme auf das Ende der letzten mündlichen Verhandlung oder auf den Zeitraum vor Erlass der Entscheidung ist jedoch zu ungenau. Denn sie berücksichtigt

6) vgl. unter XIII 1

7) vgl. nur Baumbach-Hartmann § 128 Anm.4, Rosenberg-Schwab § 85 IV 2; Schönke-Kuchinke § 8 III 3

8) Rosenberg-Schwab § 85 IV 2, Maunz-Dürig Art.103 GG RZ 39; Jauernig § 25 XI; Blomeyer § 16 I 1, II 2 a; Thomas-Putzo Einl. I 4 c; Stein-Jonas vor § 128 IX 2 d; darauf allein abstellend auch BVerfGE 1, 429; 9, 88; 34, 159; 36, 87

9) Stein-Jonas vor § 128 IX 2 d

10) Hartmann AnwBl 77, 94

11) Putzo NJW 77, 3

nicht genügend, dass die parteiliche Stellungnahme auch noch **E i n f l u s s** auf die Entscheidung nehmen muss. Sicherlich besteht keine Möglichkeit auf Einflussnahme mehr, wenn die Entscheidung bereits getroffen wurde. Aber es sind Situationen denkbar, in denen den Parteien zwar Gelegenheit zur Stellungnahme in der letzten mündlichen Verhandlung vor Erlass der Entscheidung eingeräumt wird, dieses Recht aber nicht mehr genutzt werden kann. Das gilt vor allem, wenn die Parteien in dem kurzen Zeitraum bis zur Schlussberatung nicht mehr die Vorbereitungen für die Beibringung neuer Tatsachen treffen können, die für eine sachgemässe Ausserung notwendig sind.

Eine andere Meinung rückt denn auch nicht das formale Kriterium einer zeitlichen Nachfolge der Entscheidung zum Gehör in den Vordergrund, sondern stellt auf die dem rechtlichen Gehör zugrunde liegende Rechtsverteidigungs-¹² und Unrechtsabwehrfunktion¹³ ab. Da das rechtliche Gehör aufgrund dieser ihm innewohnenden Funktionen ein Mitsteuern der richterlichen conclusio¹⁴ und eine Mitwirkungsbefugnis der Parteien auf das Verfahrensgeschehen fordere, werde das Gehör nur dann rechtzeitig gewährt, wenn den Verfahrensbeteiligten noch eine sachgerechte Einflussnahme auf das Verfahren verbleibt¹⁵.

Aus einer so verstandenen Funktion des rechtlichen Gehörs ergibt sich die Rechtzeitigkeit seiner Gewährung als ihm wesenseigenes Element. Der Forderung nach

12) Grunsky Grundlagen § 25 III 1

13) Baur ACP 153, 409; Schlosser, Gestaltungsfragen, 175

14) Brüggenmann JR 69, 362

15) Arndt NJW 1959, 7; Schönke-Kuchinke § 8 III 3; Baur AcP 153, 410; Zeuner FS Nipperdey 1021 ff.; Lerche ZZP 78, 11; Lorenz, 232; Grunsky, Grundlagen § 25 III 1; Vollkommer Rpfleger 1976, 394; auf die Einflussnahme stellt auch BVerfGE 9, 96 ab.

Rechtzeitigkeit ist nicht allein mit Einhaltung eines Zeitpunktes für die Gewährung v o r Erlass der Entscheidung Genüge getan, sondern erst dann, wenn die Möglichkeit besteht, mit dem Gehör die richterliche Entscheidung zu beeinflussen. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass den Parteien - mit Anberaumung eines neuen Termins - eine angemessene Frist eingeräumt werden muss, in der sie ihre Stellungnahme sorgfältig vorbereiten können¹⁶.

b)

Zu überlegen ist, ob für das verfahrensmässige Recht auf Stellungnahme nach § 278 III die zuletzt genannten Grundsätze übernommen werden können. Das hängt davon ab, welche prozessuale Aufgabe die von § 278 III geforderte Stellungnahme verfolgen soll.

Der einer Überraschungsentscheidung zugrundeliegende Unwertgehalt kann nicht durch einen isolierten Hinweis verhindert werden, an den keine weiteren Folgen geknüpft sind. Zwar wird man von einer Überraschung nicht mehr sprechen können, wenn den Parteien die entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte vom Gericht genannt worden sind.. Trotzdem ist damit das eigentliche Übel noch nicht ausgeschaltet, nämlich die bei der Partei entstandene Überzeugung, das Verfahren wäre anders ausgegangen, hätte sie "dazu noch etwas sagen können". Die Partei wird geltend machen, trotz Kenntnis aller rechtlichen Gesichtspunkte an der Beibringung neuen Tatsachenmaterials gehindert worden zu sein, weil sie keine ausreichende Gelegenheit mehr dazu hatte. Deshalb liegt in der blossen Bekanntgabe der entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte nur ein Schritt, der für sich allein noch nicht

16) Schöнке-Kuchinke § 8 III 3

eine Überraschungsentscheidung vermeiden kann. Vielmehr muss sich bei den Parteien der zutreffende Eindruck einstellen, durch ihre Stellungnahme das Urteil noch in eine bestimmte Richtung beeinflussen zu können. Bei einer so verstandenen Aufgabe der parteilichen Stellungnahme kann eine gesetzmässige Handhabung des § 278 III nur dann bejaht werden, wenn die Stellungnahme sorgfältig vorbereitet werden kann und vom Gericht für die Entscheidung auch noch berücksichtigt wird.

Auch die mit § 278 III verbundene Zielsetzung, die als Folge von Überraschungsentscheidungen herrührenden Berufungsverfahren zu verringern¹⁷, kann durch einen blossen Hinweis ohne Möglichkeit einer Einflussnahme der parteilichen Stellungnahme auf die Entscheidung nicht erreicht werden. Die vom Gesetzgeber dem Gericht aufgetragene Pflicht, zur Vermeidung einer Verlagerung des Rechtsstreites in die Rechtsmittelinstanzen für eine "möglichst erschöpfende Behandlung des gesamten Streitstoffes bereits in der ersten Instanz"¹⁸ zu sorgen, umfasst auch, dass die Stellungnahme der Parteien für die Entscheidung berücksichtigt wird.

Wenn sich eine erneute Behandlung des Streitfalles im Berufungsverfahren gerade aus der Sicht der Beteiligten erübrigen soll¹⁹, muss sich bei ihnen die Überzeugung bilden,

17) Bänder vor dem Hearing des Rechtsausschusses Sten.Prot. 39/25; MDB Hauser im Rechtsausschuss, Sten.Prot. 91/17; MDB Emmerlich in der 247. Sitzung des 7.Dt.BT. Sten.Prot. 17608; Staatssekretär de With ebenda, Sten.Prot.17613; Hauser DRiZ 1976,244

18) BT-Drucks. 7/5250, S.8

19) BT-Drucks. 7/5250 , aa0

dass von ihrer Seite alle massgeblichen Angriffs- und Verteidigungsmittel erschöpft und von Seiten des Gerichts auch berücksichtigt worden sind. Nur mit dieser Einstellung der Parteien wird der Gefahr von Berufungen vorgebeugt, die mit der Begründung eingelegt werden, das erstinstanzliche Urteil beruhe nicht auf einer vollständigen Entscheidungsgrundlage.

c) Ergebnis

Für die Rechtzeitigkeit der richterlichen Hinweise ist somit darauf abzustellen, dass die Partei nach der Lage des Verfahrens noch die Möglichkeit hat, durch eine sachgemässe - ihr eigenes tatsächliches Wissen voll ausschöpfende - Äusserung die Entscheidung mitzuprägen. Daneben spielt die Berücksichtigung eines bestimmten verfahrensmässigen Zeitpunktes nur eine sekundäre Rolle. Für die sich aus § 278 III ergebenden Minimalanforderungen ist es gleichgültig, ob der Hinweis vor, in oder erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung durch Aufforderung zu einer schriftlichen Stellungnahme erfolgt²⁰. Entscheidend bleibt die Möglichkeit einer sachgemässen Entscheidungsbeeinflussung. Aus ihr folgt weiter die Selbstverständlichkeit, dass das Gericht zum Zeitpunkt der Stellungnahme auch noch beeinflussbar, also bereit sein muss, die Stellungnahme in seine Entscheidungsüberlegungen aufzunehmen. Wie Art. 103 GG²¹ fordert § 278 III - ausdrücklich - nur, dass den Parteien G e l e g e n h e i t zur Äusserung gegeben wird. Ob die Parteien von ihrem Recht Gebrauch machen, bleibt ihnen überlassen.

20) vgl. dazu Grunsky, JZ 1977, S.204

21) vgl. Maunz-Dürig Art.103 GG, RZ.28; Arens Zivilprozessrecht RZ 36; Schönke-Kuchinke § 8 III 3, Schwartz, S. 18

4. HAUPTTEIL:

C. Wem gegenüber besteht die Hinweispflicht?

XV. Hinweispflicht gegenüber Dritten, die am Verfahren
beteiligt sind

1. Problemstellung

Die bisherigen Ausführungen handelten nur von den Voraussetzungen, dem Umfang und der Art und Weise rechtlicher Hinweise gegenüber der P a r t e i , die im Rechtsstreit einen rechtlichen Gesichtspunkt verkannt oder übersehen hat. Das entspricht dem Wortlaut des § 278 III, wonach das Gericht Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren hat, wenn eine P a r t e i die Rechtslage falsch beurteilt. Das Gesetz knüpft den Kreis der Hinweisberechtigten an die Fehleinschätzung der Prozesslage an und nennt dabei nur die Partei. Massgeblicher Ansatzpunkt ist damit zweifellos der formelle Parteibegriff: das Recht zur Stellungnahme gebührt demjenigen, der in eigenem Namen Rechtsschutz begehrt oder gegen den Rechtsschutz begehrt wird u n d der die Prozesslage in rechtlicher Hinsicht verkennt.

Zu überlegen ist jedoch, ob nicht über den Wortlaut der Norm hinaus ein weiterer Kreis von Verfahrensbeteiligten, denen nicht die Stellung einer Partei im formellen Sinn zukommt, vom Gericht bei Fehleinschätzung auf die entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte hinzuweisen ist. Dabei muss nach der jeweiligen verfahrensmässigen Stellung der Beteiligten differenziert und die Frage untersucht werden, ob eine Gleichbehandlung zur Partei im formellen Sinn nach der ratio der Norm gerechtfertigt ist.

2. Hinweispflicht gegenüber Streitgenossen?

Treten in e i n e m Verfahren auf der Kläger- oder Beklagtenseite mehrere Personen als Streitgenossen auf (§§ 59-63), sind sie Partei im formellen Sinn¹. Probleme bei der Bestimmung der Hinweisberechtigten ergeben sich hier nicht aus einer fehlenden Partei-stellung der Streitgenossen, sondern aus dem Umstand, dass m e h r e r e Prozesse in einem Verfahren zusammengefasst und in einem gemeinsamen Urteil ent-schieden werden.

Aufgrund dieser Prozessgestaltung ist es denkbar, dass das Gericht sein Urteil auf einen rechtlichen Gesichtspunkt stützen will, der nur innerhalb eines Einzelprozesses von Relevanz ist. Muss das Gericht in diesem Fall a l l e Streitgenossen auf der Kläger- oder Beklagtenseite hinweisen oder nur diejenige Partei, die Kläger oder Beklagter des Einzelprozesses ist, in dem der rechtliche Gesichtspunkt Bedeutung erlangt?

1. Beispiel:

G1 und G2 klagen als Streitgenossen gegen S auf Schadensersatz wegen eines Unfalls, den S verursacht haben soll. Das Gericht will der Klage des G1 in vollem Umfang, der des G2 jedoch nur zur Hälfte stattgeben, da ihm nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ein Mitverschulden treffe.

Muss das Gericht nur den G2 oder auch den G1 auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Mitverschuldens hinweisen?

Sowohl G1 als auch G2 sind Partei im Verfahren, und das Gericht will einen rechtlichen Gesichtspunkt dem Urteil zugrundelegen, das auch über den Anspruch des G1

1) vgl. nur Rosenberg-Schwab § 49 I 1; Jauernig § 81 I; Thomas-Putzo I vor § 59

entscheidet. Stellt man allein auf die Parteirolle des G1 im gemeinsamen, streitgenössischen Verfahren und auf die gemeinsame Entscheidung ab, liegt es nahe, eine Hinweispflicht gegenüber G1 bezüglich aller, die Entscheidung tragenden rechtlichen Gesichtspunkte zu bejahen.

Diese formale Betrachtung lässt aber unberücksichtigt, dass in Wirklichkeit mehrere, voneinander unabhängige Prozesse stattfinden², und jeder Streitgenosse Partei nur in s e i n e m Prozess ist³. Er kann im Verfahren des Streitgenossen keine Prozesshandlungen vornehmen und keine Tatsachen vorbringen. Er ist in diesem Verfahren weder Partei, noch ist er irgendwie daran beteiligt. Wird nun ein Streitgenosse auf einen rechtlichen Gesichtspunkt nicht hingewiesen, der für s e i n Verfahren ohne Bedeutung ist, kann er dadurch auch nicht gehindert werden, für sein Verfahren entscheidungserhebliche Tatsachen vorzubringen. Der Zweck des § 278 III kann somit durch einen rechtlichen Hinweis überhaupt nicht erreicht werden. Hinzuweisen ist vielmehr nur der Streitgenosse in seiner Eigenschaft als Partei des Einzelprozesses, soweit dessen konkrete Entscheidung durch den rechtlichen Gesichtspunkt gestützt werden soll. Nur wenn in Beispiel 1 das Gericht zu der Überzeugung gelangt wäre, auch den G1 treffe ein Mitverschulden, müsste diesem gegenüber ein Hinweis erfolgen. Gleiches gilt im Grundsatz auch für die Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite.

2) Rosenberg-Schwab § 49 III; Grunsky Grundlagen, § 29 I 2; Thomas-Putzo I vor § 59

3) Zeiss § 85 II 2; Schönke-Kuchinke § 24 III

2. Beispiel:

Die Ehefrau G des Mieters M wird bei Reparaturarbeiten, die S1, ein Angestellter des Vermieters S2, im Wohnhaus durchführte, verletzt. S1 handelte grob fahrlässig. G klagt gegen S1 und S2 als Gesamtschuldner auf Schadensersatz. Dem S2 gelingt nach § 831 BGB der Entlastungsbeweis für S1. Dennoch bejaht das Gericht neben einer Haftung des S1 auch eine Haftung des S2 wegen Verletzung des Mietvertrags S2-M, in dessen Schutzbereich auch die G falle. Das Verschulden des S1 müsse sich S2 nach § 278 BGB zurechnen lassen.

Hier ist das Gericht zu einem Hinweis an S1 auf den Gesichtspunkt einer Haftung des S2 wegen Verletzung eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht verpflichtet. Die Vertragshaftung des S2 betrifft nicht das Prozessrechtsverhältnis G - S1 und berührt nicht den Umfang der Haftung des S1 gegenüber G. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass S2 wegen grobfahrlässiger Verletzung des Vertrages mit S1 (und somit mangels eines Freistellungsanspruches S1-S2) gegenüber S1 Rückgriff nehmen könnte. Ein Hinweis an S1 wäre nur erforderlich, wenn S2 dem S1 den Streit verkündet hätte und dieser im Prozess G-S2 dem S2 als Nebenintervenient beigetreten wäre^{3a}.

Berührt aufgrund der materiellen Rechtslage der übersehene Gesichtspunkt das Rechtsverhältnis des Klägers auch zum anderen Streitgenossen, müssen beide Streitgenossen hingewiesen werden.

3. Beispiel:

G verklagt wegen einer Geldforderung S1 und S2 als Gesamtschuldner. S2 hatte sich für die Forderung G - S1 selbstschuldnerisch verbürgt. Im Prozess trägt S1 vor, ihm stehe wegen eines Gegenanspruchs gegenüber G ein Zurückbehaltungsrecht zu. Das Gericht verneint ein Zurückbehaltungsrecht mangels Fälligkeit des Gegenanspruchs. Darauf ist auch S2 hinzuweisen, denn die fehlende Fälligkeit des Gegenanspruchs berührt wegen § 768 BGB unmittelbar sein Rechtsverhältnis zu G. S2 könnte womöglich Tatsachen vorbringen, aus denen sich die Fälligkeit des Anspruchs S1 - G ergibt.

3a) vgl. dazu unter XV 3

Desweiteren ist zu beachten, dass bei der einfachen Streitgenossenschaft rechtliche Gesichtspunkte, die unmittelbar nur einen Einzelprozess betreffen, auf das streitgenössische Prozessrechtsverhältnis "durchschlagen" können. Das ist möglich, wenn unter den beklagten Streitgenossen ein sog. gestörtes Gesamtschuldverhältnis besteht.

4. Beispiel:

S1 hat die 17jährige G in seinem Auto mitgenommen. Diese hat sich zuvor mit einem Haftungsausschluss des S1 einverstanden erklärt. Durch einen von S1 und einem Dritten S2 zu gleichen Teilen verschuldeten Unfall wurde G verletzt. Sie verklagt S1 und S2 als Gesamtschuldner. S1 beruft sich auf den Haftungsausschluss. Sowohl S1 wie S2 übersehen, dass der Haftungsausschluss wegen Minderjährigkeit der G unwirksam ist.

5. Beispiel:

Der Ehemann S1 und der Malermeister S2 führen in der Wohnung des S1 Schönheitsreparaturen durch. Ein herabstürzender Farbeimer verletzt die Ehefrau G. Diese verklagt S1 und S2 als Gesamtschuldner. Beide Beklagte gehen davon aus, dass S1 wegen § 1359 BGB gegenüber G nicht hafte. Das Gericht ist der Meinung, S1 habe grob fahrlässig gehandelt; er könne sich wegen § 277 BGB nicht auf § 1359 BGB berufen.

Muss das Gericht in diesen Fällen auch den S2 auf den übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt hinweisen? Der vertragliche Haftungsausschluss, bzw. die gesetzliche Haftungsbeschränkung des § 1359 BGB betreffen unmittelbar nur das Rechtsverhältnis G-S1. Insofern unterscheiden sich die Fälle von Beispiel 3 und scheinen mit Beispiel 1 und 2 vergleichbar zu sein. Folgt man bei dieser Rechtslage dem BGH^{3b} und fingiert bei Wirksamkeit des Haftungsausschlusses bzw. der Haftungsbeschränkung für den Rückgriff S2-S1 ein Gesamtschuldverhältnis, müsste S2 nicht hingewiesen werden, wenn er fälschlicherweise von einer Haftungsbefreiung seines Streitgenossen ausgeht.

3b) vgl. BGHZ 12, 213; 35, 317

Denn für seine Haftung gegenüber G wäre es gleichgültig, ob im Verhältnis G-S1 der Haftungsausschluss wirksam ist oder nicht. S2 würde jedesmal in voller Höhe haften und könnte immer gegenüber S1 Rückgriff nehmen. Eine wirksame Haftungsprivilegierung des S1 wirkt sich aber dann auf die Haftung S2-G aus, wenn man entgegen dem BGH nicht ein Gesamtschuldverhältnis für den Rückgriff fingiert, sondern von vornherein den Anspruch der G gegenüber S2 auf den Betrag kürzt, den S2 ohne den Haftungsausschluss durch Rückgriff von S1 hätte ersetzt verlangen können^{3c}. Wäre in Beispiel 4 der Haftungsausschluss wirksam, würde S2 der G nur zur Hälfte haften, während er bei Unwirksamkeit in voller Höhe in Anspruch genommen werden könnte und auf einen Rückgriff gegen S2 beschränkt bliebe. Ebenso müsste in Beispiel 5 S2 gegenüber G nur beschränkt haften, falls dem S1 die Haftungsbeschränkung des § 1359 BGB zugute kommen würde. In Fällen der Anspruchskürzung beim **gestörten** Gesamtschuldverhältnis können daher rechtliche Gesichtspunkte der vertraglichen bzw. gesetzlichen Haftungsbeschränkung zwischen dem Geschädigten und einem verklagten Streitgenossen auch den Umfang der Haftung zugunsten des anderen Streitgenossen beeinflussen. In diesen Fallsituationen wäre der andere Streitgenosse (S2) auch berechtigt, Tatsachen vorzubringen, aus denen sich seine beschränkte Haftung ergibt, denn sie betreffen **s e i n** Rechtsverhältnis zu G. So könnte in Beispiel 4 S2 womöglich vortragen und unter Beweis stellen, dass die Eltern der G von der "Anhaltertätigkeit" ihrer Tochter gewusst hätten und auch damit einverstanden gewesen waren, dass die G auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen die jeweiligen Fahrer verzichtet, um so "bessere Chancen" zu haben. In Beispiel 5 könnte S2 vielleicht auf einen Hinweis des Gerichts hin Tatsachen vortragen, die darauf schliessen lassen, dass S1 nicht grob fahrlässig gehandelt hat. Ein Hinweis auch gegenüber dem Streitgenossen S2 ist in diesen Fällen somit gerechtfertigt.

3c) so Medicus RZ 932; Stoll FamRZ 1962, 64

Anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft stellt sich die Lage bei der notwendigen Streitgenossenschaft (§ 62) dar. Zwar liegt auch hier eine Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen vor⁴, wobei jeder notwendige Streitgenosse seinen eigenen Prozess führt. Aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Gründen ergibt sich jedoch das Erfordernis einer einheitlichen Entscheidung gegenüber sämtlichen Streitgenossen. Deshalb ist es überhaupt nicht möglich, dass vom Gericht ein entscheidungserheblicher rechtlicher Gesichtspunkt berücksichtigt wird, der nur für das Verfahren eines Streitgenossen Bedeutung erlangt, denn das würde eine anderslautende Entscheidung zur Folge haben.

Eine Ausnahme ergibt sich aus der Überlegung, dass die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung bei der Streitgenossenschaft aus prozessualen Gründen kein Hindernis für das Gericht darstellt, die Klage eines Streitgenossen oder gegen einen Streitgenossen als unzulässig abzuweisen⁵. Hier wurzelt der die Zulässigkeit der Klage verneinende rechtliche Gesichtspunkt ausnahmslos im Prozessrechtsverhältnis des einzelnen Streitgenossen, so dass nur diesem gegenüber der Hinweis erfolgen müsste. Die anderen Prozessrechtsverhältnisse bleiben von der Abweisung unbe-

4) Rosenberg-Schwab § 50 IV 1

5) Rosenberg-Schwab, aaO

rührt⁶. Da jedoch sonst die vom Gericht berücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkte die Verfahren aller Streitgenossen nur einheitlich berühren, muss auch allen gegenüber der Hinweis erfolgen.

3. Hinweispflicht gegenüber dem Nebenintervenienten⁷?

Bei der Nebenintervention beteiligt sich ein Dritter an einem zwischen anderen Personen schwebenden Rechtsstreit zur Unterstützung der Partei, an dessen Obiegen er ein rechtliches Interesse hat. Auch wenn der Nebenintervenient wegen seiner prozessualen Stellung als "Nebenpartei" bezeichnet wird⁸, ist er doch selbst nicht Partei im formellen Sinn, sondern nur im eigenen Namen handelnder Gehilfe einer Partei⁹. Will das Gericht nun einen rechtlichen Gesichtspunkt berücksichtigen, der sowohl von der Hauptpartei als auch vom Nebeninterventienten übersehen oder verkannt wurde, stellt sich die Frage, ob dem Gericht eine Hinweispflicht auch gegenüber letzterem obliegt.

6) Im Gegensatz dazu führt bei der notwendigen Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen die Abweisung eines Prozesses wegen Mangels einer Prozessvoraussetzung oder wegen Bestehens eines Prozesshindernisses zur Abweisung aller Prozesse, "weil der Streitgegenstand nur durch alle und gegen alle Beteiligten zur Entscheidung gebracht werden kann" (Rosenberg-Schwab, aaO)

7) Unerörtert bleibt die Hauptintervention. Der Hauptintervenient ist zwar Partei im Interventionsprozess. Er kann sich dort uneingeschränkt auf § 278 III berufen. Im Hauptprozess ist er jedoch weder Partei noch Beteiligter

8) Rosenberg-Schwab § 47 I; Schönke-Kuchinke § 25 I

9) vgl. nur Jauernig § 83 I; IV; Bernhardt § 57 II 3

6. Beispiel:

Im Beispielsfall Nr. 4 unter I 3 tritt der Angestellte, der von dem Achsenscha- den des Transporters Kenntnis hatte, im Schadensersatzprozess auf der Seite seines Arbeitgebers F als Nebenintervenient auf. Muss das Gericht auch ihn hinweisen, wenn es der Klage des I, zwar nicht aus § 831, wohl aber wegen Verletzung eines rechtsgeschäftlichen Gefälligkeitsverhältnisses i.V.m. § 278 BGB stattgeben will?

Das hier erarbeitete Normverständnis des § 278 III stellt darauf ab, der Partei zu einem vollständigen Vortrag aller ihr günstig erscheinenden Tatsachen zu verhelfen. Nun ist der Streithelfer gerade nicht Partei. Seine verfahrensmässige Stellung erlaubt es ihm jedoch, alle Prozesshandlungen vorzunehmen, die auch die Hauptpartei vornehmen kann, vor allem Tatsachen vorzubringen und Beweise anzutreten. Insofern räumt ihm das Gesetz die gleichen prozessualen Rechte wie der Hauptpartei ein. Diese Gleichbehandlung könnte es rechtfertigen, auch ihm gegenüber eine Hinweispflicht des Gerichts zu bejahen, da seine prozessuale Dispositionsfreiheit - wie bei der Hauptpartei - durch Nichtkenntnis der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte beeinträchtigt werden kann. Auch er kann am Vorbringen entscheidungserheblicher Tatsachen gehindert werden, weil er von deren rechtlichen Relevanz aufgrund einer Ver- kennung der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte nichts weiss.

Der Nebenintervenient ist jedoch nach § 67 in seiner Prozessführung insoweit beschränkt, als er sich nicht mit seinen Erklärungen und Handlungen zu denen der Hauptpartei in Widerspruch setzen darf. Diese Be- schränkung rechtfertigt sich aus seiner Stellung

als Gehilfe der Hauptpartei, die er u n t e r -
s t ü t z e n soll. Es stellt sich hier die Fra-
ge, ob die vom Gesetz dem Nebenintervenienten nur
beschränkt zugestandene Prozessführung gegen eine
Hinweispflicht ihm gegenüber spricht.

Die rechtlichen Hinweise sollen einen vollständigen
Tatsachenvortrag ermöglichen. Im Gegensatz dazu ist
der Nebenintervenient an einem, seiner Meinung nach
notwendigen und deshalb vollständigen Tatsachenvor-
trag insoweit gehindert, als er sich mit seinen Be-
hauptungen zu denen der Hauptpartei in Widerspruch
setzen würde. Er kann keine Tatsachen behaupten,
die von der Hauptpartei bestritten und keine Tat-
sachen bestreiten, die von der Hauptpartei zuge-
standen worden sind. Für § 278 III ist § 67 aber nur
/ insoweit zu beachten, als die Stellungnahme des Nebeninter-
venienten zu den bekanntgegebenen rechtlichen Ge-
sichtspunkten mit derjenigen der Hauptpartei nicht
zu vereinbaren ist. Das führt zu einer einschränken-
den Auslegung des § 278 III in Bezug auf die Berück-
sichtigung der Stellungnahme, kann aber nicht grund-
sätzlich gegen eine Hinweispflicht sprechen.

Neben der vom Gesetz dem Nebenintervenienten ein-
geräumten prozessualen Stellung muss auch die Inter-
ventionswirkung im Folgeprozess mit der Hauptpartei
Berücksichtigung finden (vgl. § 68). Grundsätzlich
dürfen Tatsachen und Beweismittel, die zu einer an-
deren rechtlichen Beurteilung führen könnten und
bereits im Vorprozess hätten geltend gemacht werden
können, vom Gericht nicht mehr der Entscheidung

zugrunde gelegt werden¹⁰. Eine Nachprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Urteils ist dem Gericht verwehrt¹¹. Tatsachen, die vom Nebenintervenienten im Vorprozess wegen Unkenntnis der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte nicht vorgetragen wurden, werden vom Gericht nur unter der Einschränkung zugelassen, dass sie von der Hauptpartei im Vorprozess absichtlich oder aufgrund groben Verschuldens nicht geltend gemacht wurden.

An einem absichtlichen oder grob schuldhaften Verhalten der Hauptpartei wird es regelmässig fehlen, wenn ihr selbst die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte unbekannt geblieben sind und das Gericht einen Hinweis unterlassen hat. Aber selbst bei deren Kenntnis durch die Hauptpartei braucht kein absichtliches Verhalten oder grobes Verschulden zum Nichtvorbringen der Tatsachen geführt haben, beispielsweise weil entscheidungserhebliche Tatsachen ohne in der Person der Hauptpartei liegende Umstände dieser unbekannt geblieben sind.

Das naheliegende Argument, der Nebenintervenient könnte der Interventionswirkung durch Rechtsmittel vorbeugen, läuft der Ratio des § 278 III zuwider, die auch auf eine Entlastung der Rechtsmittelinstanzen hinzielt. Auch aus diesem Grunde spricht die vom Gesetz dem Nebenintervenienten eingeräumte Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen¹², um im Rechtsmittelverfahren zu einem vollständigen Tatsachenvortrag zu gelangen, für eine Hinweispflicht des Gerichts ihm gegenüber.

10) vgl. nur RGZ 130, 300; BGHZ 8, 82; Baumbach-Hartmann § 68 Anm.2

11) Schönke-Kuchinke § 25 IV 2

12) vgl. nur Jauernig § 83 IV

§ 278 III muss aber nicht nur beachtet werden, wenn sowohl Hauptpartei als ^{auch} Nebenintervenient von einer falschen Rechtslage ausgehen. Ist dem Gericht aus dem Prozessverlauf erkennbar, dass zwar der Hauptpartei, nicht aber dem Nebenintervenienten die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte bekannt sind, hat es letzteren ^{darauf} hinzuweisen. Denn, wie oben angedeutet, erscheint es durchaus denkbar, dass zwar dem Nebenintervenienten, nicht aber der Hauptpartei entscheidungserhebliche Tatsachen bekannt sind, die durch Hinweis an den Nebenintervenienten noch in das Verfahren eingeführt werden könnten. Erfährt die Hauptpartei von deren Existenz und der Nebenintervenient von deren rechtlicher Bedeutung erst nach Erlass der Entscheidung, werden beide auf Berücksichtigung dieser Tatsachen im Berufungsverfahren dringen. Dem kann durch Hinweise gegenüber Haupt- und Nebenpartei vorgebeugt werden.

XVI. Hinweispflicht gegenüber Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt sind

Auch Dritte, die nicht unmittelbar am Verfahren beteiligt sind, können durch ein Urteil direkt in ihrer Rechtsstellung betroffen werden. Zu denken ist an die Fälle einer Rechtskrafterstreckung auf Dritte sowie an die Gestaltungswirkung von Gestaltungsurteilen.

Die Frage der Gewährung eines Rechts auf Stellungnahme für Dritte, die nicht am Verfahren beteiligt

sind, wurde in Literatur¹³ und Rechtsprechung¹⁴ bisher nur in Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör, und zwar bei der Bestimmung des Anspruchsinhabers diskutiert.

Obwohl § 278 III als verfahrensmässige Konkretisierung des Art. 103 GG zu verstehen ist¹⁵, können die für Art. 103 GG entwickelten Grundsätze jedoch nicht ohne weiteres auf die Bestimmung des Kreises der nach § 278 III Hinzuweisenden übernommen werden. Das ergibt sich weniger aus dem unterschiedlichen Wortlaut von Art. 103 GG und § 278 III bezüglich des Anspruchsinhabers ("jedermann", "Partei"). Massgeblich ist vielmehr die besondere vom Normbereich des Art. 103 GG nicht gedeckte Zielsetzung des § 278 III, durch rechtliche Hinweise ein vollständiges Tatsachenvorbringen zu ermöglichen und so die Disposition der Parteien über ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel sicherzustellen.

Im Gegensatz zu dieser primär verfahrensrechtlichen Grundfunktion¹⁶ liegt der Ansatzpunkt des Anspruchs auf rechtliches Gehör in einer Mitwirkungsbefugnis am Verfahren kraft materieller Rechtsbetroffenheit.¹⁷ Massgeblich ist hier

13) Baur AcP 153, 407 f.; Zeuner FS Nipperdey, 1037; Rechtliches Gehör S. 21 ff.; Schlosser JZ 67, 432 ff.; Gestaltungsklagen 174 ff.; Grunsky Grundlagen § 25 II 2; FamRZ 1966, 642; Lorenz Rechtsschutz S. 237; Rosenberg-Schwab § 85 II; Brügge-mann JR 1969, 364; Bettermann JZ 1962, 676

14) BVerfGE 21, 132 zur Ehelichkeitsanfechtungsklage nach § 1595 BGB a.F.

15) vgl. dazu unter XIII 1

16) Obwohl der Zusammenhang mit Art. 103 GG nicht geleugnet werden kann, vgl. dazu unter XIII 1

17) Zeuner FS Nipperdey S. 1016; Grunsky, Grundlagen § 25 II 2

das Verhältnis der Person zu ihrem Recht und ihrer Rechtslage¹⁸. Wird aber primär auf die materielle Rechtsbetroffenheit abgestellt, ist es in der Tat nur konsequent, den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt der formellen Verfahrensbeteiligung zu bestimmen, sondern auch danach, wer für die jeweils erfassten Rechte und Rechtslagen als ihr Träger oder in sonstiger Weise zuständig ist und in dieser seiner Position durch das Verfahren betroffen wird¹⁹.

§ 278 III berücksichtigt diesen Aspekt der materiellen Rechtsbetroffenheit zwar auch, weil nur derjenige sich auf die Hinweispflicht berufen kann, der durch die Entscheidung in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird. Darüberhinaus wird die Hinweispflicht jedoch von besonderen, in der Person der *V e r f a h r e n s* beteiligten liegenden Umständen abhängig gemacht: nur wer einen Gesichtspunkt erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, muss hingewiesen werden. Die konkreten Ansatzpunkte für eine Verkennung der Rechtslage müssen sich für das Gericht aus der Prozessführung der Verfahrensbeteiligten ergeben. Bei nicht am Verfahren beteiligten Dritten bestehen für das Gericht keinerlei Kognitionsmöglichkeiten, ob von einer Fehlbeurteilung der Rechtslage ausgegangen wird.

Auch unter Berücksichtigung der Grundfunktion des

18) Zeuner, aaO 1015

19) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 17

§ 278 III, durch rechtliche Hinweise auf eine vollständige Entscheidungsgrundlage hinzuwirken, ist es konsequent, die Hinweise auf Verfahrensbeteiligte zu beschränken.

Denn diese Grundfunktion setzt schon voraus, dass dem Kreis der nach § 278 III Berechtigten überhaupt das Recht zusteht, an der Beibringung des Tatsachenstoffs mitzuwirken und auf diese Weise Einfluss auf das Verfahren auszuüben. Dieses Recht steht nach der Verhandlungs- bzw. Beibringungsmaxime grundsätzlich nur den Parteien, in Ausnahmefällen weiteren Verfahrensbeteiligten zu. Art. 103 GG gewährt ausserhalb des Prozesses stehenden Dritten dieses Recht nicht. Will aber § 278 III gerade die Dispositionsfreiheit bei der Wahrnehmung spezifisch verfahrensrechtlicher Rechte unterstützen, kann sich derjenige nicht auf die Norm berufen, dem diese Rechte von vornherein aufgrund fehlender Partei- oder Beteiligtenstellung nicht zustehen. Ihm bleibt das Recht auf Gehör, soweit er zum Kreis der Anspruchsberechtigten zu zählen ist.

Im übrigen wird dem durch die Entscheidung in seiner Rechtsstellung Betroffenen vielfach durch die Prozessordnung die Möglichkeit eingeräumt, sich am Verfahren selber zu beteiligen. So kann der Rechtsnachfolger der in Streit befangenen Sache, auf den sich nach § 325 die Rechtskraft erstreckt, gem. § 265 II 3 als Nebenintervenient in den Prozess eintreten. Obwohl er gem. §§ 265 II 3, 67 in seiner Prozessführung beschränkt ist, obliegt dem Gericht nach den obigen Erörterungen²⁰ auch ihm gegenüber eine Hinweispflicht.

20) vgl. unter XV 3

Dem Streitverkündeten (§ 72), der durch die Interventionswirkung des Urteils in seiner Rechtsstellung betroffen wird (§§ 74 III i.V.m. 68), steht die Möglichkeit offen, als Nebenintervenient am Verfahren teilzunehmen. Damit fällt er unter den Kreis der Hinweisberechtigten.

In Kindschaftssachen ist ein Elternteil, der nicht als Partei am Verfahren beteiligt ist, zur mündlichen Verhandlung zu laden (§ 640 e S.1). Zwar kommt dem Elternteil durch die blosse Beiladung noch *n i c h t* die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zu²¹, er hat jedoch nach § 640 e S.3 die Möglichkeit, durch entsprechende Erklärung²² der einen oder anderen Partei zu ihrer Unterstützung beizutreten. Als Nebenintervenienten kommt ihm dann der volle Schutz des § 278 III zugute. Die gleichen verfahrensmässigen Rechte gewährt § 640 e S.2 dem Kind, wenn die Mutter die Anerkennung der Vaterschaft angefochten hat.

21) anders im Verwaltungsprozess: vgl. §§ 65 ff. VWGO

22) vgl. Rosenberg-Schwab § 170 II 5

5. HAUPTTEIL: Die Berücksichtigung der Verfahrensbeschleunigung für die Auslegung des § 278 III

XVII. Die Steuerungsfunktion der rechtlichen Hinweise

1. Problemstellung

Neben dem mit der rechtlichen Hinweispflicht verfolgten primären Ziel, Überraschungsentscheidungen zu vermeiden, muss eine zweite, nicht minder wichtige ratio der Norm für deren Auslegung Berücksichtigung finden: die Hinweispflicht soll zur Konzentration auf möglichst *e i n e* mündliche Verhandlung beitragen. Der Gesetzgeber sieht in § 278 III neben der intensiven Vorbereitung des Haupttermins¹ und der Verstärkung der Sanktionsmöglichkeiten wegen Verletzung von Prozessförderungspflichten² ein wesentliches Instrument für eine erschöpfende Behandlung des Sach- und Streitstoffes in *e i n e m* Haupttermin³. Fraglich ist, ob die Norm diesem Anspruch gerecht wird.

Die dem § 278 III immanente Vollständigkeitsgarantie für den parteilichen Tatsachenvortrag⁴ vermag einer Verlagerung - und damit einer Verzögerung - des Rechtsstreites in die Rechtsmittelinstanz vorzubeugen. Zu überlegen ist nun aber darüberhinaus, inwieweit die Norm zu einer Konzentration des Verfahrens *i n n e r - h a l b* der ersten Instanz beitragen kann.

1) vgl. nur BT-Drucks. 7/2729 S.35 ff.; Putzo, NJW 1977, 1 ff.; Grunsky JZ 1977, 201 ff.;

2) Putzo NJW 1977, 4; Grunsky JZ 1977, 204 unter III;

3) BT-Drucks. 7/5250 S.8; Abg. Emmerlich in der 247. Sitzung des 7.BT, Sten.Prot. S.17608; Abg. Hauser ebenda S.17610; Abg.Jahn in der 258.Sitzung des 7. BT, Sten.Prot.S.18547 B

4) vgl. dazu unter X 5

2. Möglichkeit einer Selektion des Tatsachenvortrags

Die Konzentration des Verfahrens auf einen Haupttermin wird ausbleiben, wenn die Hinweistätigkeit erst nach dem abgeschlossenen Sachvortrag der Parteien am Ende der mündlichen Verhandlung einsetzt. Zwar werden die Parteien auch zu diesem Zeitpunkt in der Lage sein, entscheidungserhebliches Tatsachenmaterial in das Verfahren einzuführen. Die Vollständigkeitsgarantie des § 278 III kommt voll zur Entfaltung. Oft wird eine Stellungnahme von den Parteien aber nicht mehr verlangt werden können, ohne dass dadurch die Sachangemessenheit beeinträchtigt wird.

Das Gericht ist dann gezwungen, einen neuen Termin anzuberaumen oder der Partei eine Frist zu setzen, innerhalb der sie schriftlich ihrem Recht auf Stellungnahme nachkommen kann. Eine analoge Anwendung des § 283 gibt dem Gericht dazu die Möglichkeit⁵.

Im ersten Fall kann von einer Konzentration auf einen Haupttermin keine Rede mehr sein. Die mündliche Verhandlung splittert sich wieder auf mehrere Termine auf. Auch im zweiten Fall entfaltet der Haupttermin keine Konzentrationswirkung, da entscheidungserhebliches Vorbringen eben nicht mehr mündlich, sondern nur noch schriftsätzlich erfolgen kann. Eine derartige Handhabung der Hinweispflicht kann einer Konzentration des Verfahrens auf einen Haupttermin nicht gerecht werden. Weil nicht berücksichtigt wird, dass die Offenlegung der vom Gericht für wichtig gehaltenen

5) vgl. zur analogen Anwendung des § 283 für eine schriftliche Äusserung nach § 278 III: Baumbach-Hartmann § 278 Anm. 5 D; Schneider MDR 1977, 886; Grunsky JZ 1977, 204

rechtlichen Gesichtspunkte auch Umfang und Qualität des Sachvortrages bestimmen kann, bleibt der dem § 278 III innewohnende Steuerungseffekt des parteilichen Sachvortrages ungenutzt. Durch Rechtshinweise kann nämlich erreicht werden, dass die Parteien während des Haupttermins ihr Tatsachenvorbringen nicht nur vollständig vorbringen, sondern *s e l e k t i v* an den vom Gericht für erheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkten ausrichten. Dies kann unter dem Blickwinkel der Konzentration zu dem wünschenswerten Ergebnis führen, dass von den Parteien nicht nur die Vollständigkeit des Sachvortrages, sondern auch eine Schwerpunktsetzung innerhalb des Sachvortrages angestrebt wird, da ihnen die vom Gericht "eingeschlagene Richtung der Sachaufklärung"⁶ offengelegt wird. Sie vermögen ihren Sachvortrag einzugrenzen, "Erhebliches vom Überflüssen (zu) unterscheiden"⁷ und ihr Vorbringen sachgerecht einzurichten⁸.

Einer unnötigen Aufblähung des Streitstoffes kann so wirksam entgegengewirkt werden⁹. Dieser, die Qualität und den Umfang des Sachvortrages beeinflussende Steuerungseffekt der Hinweistätigkeit kann aber nur zur Entfaltung gelangen, wenn den Parteien während des *g e - s a m t e n* Verfahrens die massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte bekannt sind. Die Steuerung des Sachvortrages durch Selektion des Tatsachenstoffes setzt voraus, dass die Hinweise nicht erst am Ende des Tatsachenvortrages erfolgen dürfen.

6) Bathe S. 92

7) Rosenberg Z郑 57, S.304

8) so im Ergebnis auch Deubner Z郑 82, 274; Schneider MDR 1968, 726; Röhl NJW 1966, 630; Fezer S.101 Fn.132

9) so schon Schiffer JW 1902, 198 und Kade DRZ 1917, 66

3. Berücksichtigung des beschleunigungsgefährdenden Effektes der Präklusionsvorschriften

Die Steuerung des Tatsachenvortrags der Parteien durch frühzeitige Hinweise erlangt zusätzliche Bedeutung aufgrund der verschärften Präklusionsvorschriften und dem damit verbundenen beschleunigungsgefährdenden Risiko einer Ausweitung des Tatsachenvortrags auch auf unwesentlichen Prozesstoff¹⁰. Putzo¹¹ weist darauf hin, dass durch die Neuregelung der Präklusionsvorschriften die Parteien und ihre Prozessbevollmächtigten aus Furcht vor möglicher Zurückweisung sich veranlasst sehen, "allen Prozesstoff, der erheblich sein könnte, früh vorzubringen, dabei oft vieles, was für die Entscheidung unerheblich ist oder gegenstandslos werden kann". Die unerwünschte Folge wäre eine Wiedergeburt der Eventualmaxime des gemeinen Prozesses¹².

Diese Gefahr wird durch ein Gericht, das über seine Rechtsauffassung nichts verlauten lässt, noch verstärkt, denn es "zwingt die Parteien, alles vorzutragen, was auch nur möglicherweise erheblich sein kann"¹³.

Eine Tatsachenselektion der Parteien, die vom Gericht durch frühzeitige rechtliche Hinweise unterstützt wird, vermag dagegen eine Aufblähung des Prozesstoffes zu verhindern und ein frühzeitiges Herausschälen des entscheidungserheblichen Tatsachenmaterials erleichtern.

10) Erhard vor dem Hearing des Rechtsausschusses, Sten. Prot. 39/149; Hauser in der 247. Sitzung des 7. BT, Sten. Prot. S. 17612 A; Hinz ZRP 1975, 156; Grunsky JZ 1977, 204, der die Gefahr einer Überkompensierung des angestrebten Beschleunigungseffektes durch eine weitgehend überflüssige Stoffmenge betont; ebenso schon Arens, Mündlichkeitsprinzip S. 38

11) NJW 1977, 5

12) diese Gefahr wird von Baur, Wege S. 17 angesprochen

13) Deubner ZP 82, 274

XVIII. Hinweispflicht vor Beginn des Haupttermins

1. Hinweise n a c h Abschluss des Vorverfahrens

Die Verpflichtung des Gerichts zu einem r e c h t -
z e i t i g e n rechtlichen Hinweis, die sich aus
dem in § 278 III festgelegten Recht der Par-
teien auf sachgemäße Stellungnahme ergibt, muss wegen
der rechtspolitischen Bestrebung nach Konzentration
des Verfahrens auf einen Haupttermin durch die Forde-
rung nach möglichst f r ü h z e i t i g e r Hin-
weistätigkeit ihre Ergänzung finden. Um die Parteien
zu einem gezielten Sachvorbringen im Haupttermin zu
befähigen, sollten ihnen schon v o r dessen Be-
ginn die rechtlichen Gesichtspunkte bekanntgegeben
werden, die das Gericht nach Ablauf des frühen ersten
Termins (§ 275) oder des schriftlichen Vorverfahrens
(§ 276) für entscheidungserheblich ansieht^{1, 2}.

a) Nutzung der Zeitspanne zwischen Vor- und Haupt- termin

Ein Hinweis des Gerichts erst zu Beginn des Haupt-
termins bei der Einführung in den Sach- und Streit-
stand³ würde den Zeitraum zwischen Vor- und Hauptter-
min zum Zweck einer V o r b e r e i t u n g⁴ der

1) zum alten § 272 b vgl. auch Bathe S.92 und Röhl
NJW 1966, 630

2) so auch Schneider MDR 1977, S.882; Jur.Büro 1978, S.638

3) so Grunsky JZ 1977, S.203. Nach ihm "muss das Gericht
schon in diesem Stadium" - also bei der Einführung in
den Sach- und Streitstand mit Parteianhörung (§ 278
I) - "die Karten auf den Tisch legen und deutlich
machen, wie es die Rechtslage beurteilt", da es dem
Zweck des § 278 I 1 entspricht, den Parteien Klar-
heit darüber zu verschaffen, worauf es eigentlich
ankommt.

4) Schneider MDR 1977, S.882 spricht von "notwendiger
Vorarbeit"

Parteien auf ihren Tatsachenvortrag ungenutzt lassen und so womöglich die Qualität und den Umfang der Parteianhörung negativ beeinflussen. Im übrigen können die Parteien ihre Beweisanträge an den nach Abschluss des Vorverfahrens genannten rechtlichen Gesichtspunkten ausrichten, da ihnen der Weg der richterlichen Sachaufklärung und damit die Entscheidungserheblichkeit des Tatsachenstoffes transparent wird. Das bringt den Vorteil mit sich, dass Beweisanträge nicht nur frühzeitig gestellt werden, sondern auch den entscheidungserheblichen streitigen Tatsachenstoff abdecken.

b) Problem der rechtssystematischen Stellung des § 278 III
in der Vorschrift über den Haupttermin

Die systematische Stellung des Absatz 3 in der den Ablauf des Haupttermins betreffenden Norm des § 278 kann nicht dazu zwingen, seinen Normbereich auf den Haupttermin zu **b e s c h r ä n k e n**, also die Hinweispflicht auf den Zeitraum des Haupttermins einzugrenzen. Die rechtssystematische Stellung im Gesetz spricht schon deswegen nicht für eine derartige Begrenzung, weil der Gesetzgeber ausdrücklich die Hinweispflicht auch im frühen 1. Termin - also ausserhalb des Haupttermins - beachtet sehen möchte, "wenn die mündliche Verhandlung bereits in diesem Stadium des Verfahrens abgeschlossen werden kann"⁵. Wenn § 278 III aber für den frühen 1. Termin Geltung beansprucht⁶, muss das erst recht für das weiter gediehene Verfahrensstadium zwischen **a b g e s c h l o s s e n e m** Vortermine und Haupttermin gelten. Es kann auch nicht

5) BT-Drucks 7/5250 S.9; zur Kritik an der gesetzssystematischen Stellung vgl. unter VII 1

6) so auch Franzki DRiZ 77, 164; Putzo NJW 1977, S.3; Bischof NJW 1977, 1902; Grunsky JZ 1977, 202

darauf abgestellt werden, ob der Vortermine mit einer Entscheidung seinen Abschluss findet, denn Vor- und Haupttermin bilden eine verfahrensmässige Einheit für die zu fällende Entscheidung. Der funktionale Zusammenhang zwischen gründlicher Vorbereitung des Haupttermins und Konzentration auf einen Haupttermin erfordert, dass der Hinweispflicht schon vor dem Haupttermin vom Gericht entsprochen wird.

Wenn die Kenntnis der entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte einen geordneten Tatsachenvortrages steuern und damit einen zügigen Verfahrensablauf fördern soll, müssen die Parteien die rechtlichen Gesichtspunkte auch durchdenken⁷, um ihren Tatsachenvortrag entsprechend anpassen zu können. Dafür ist der Zeitraum vor Beginn des Haupttermins zu nutzen.

c) Ergebnis

Gem. §§ 273 I 2, 275 II sollte das Gericht im Rahmen der Anordnungen zur Vorbereitung des Haupttermins die Parteien von den rechtlichen Gesichtspunkten in Kenntnis setzen, die es nach Ablauf des frühen 1. Termins für entscheidungserheblich hält⁸. Dies entspricht dem gesetzgeberischen Ziel, die Zweckmässigkeit der vorbereitenden Massnahmen an dem Gesichtspunkt einer umfassenden und erschöpfenden Behandlung des Rechtsstreits im Haupttermin zu messen⁹.

7) Deubner hebt die Forderung auf Berücksichtigung der gerichtlichen Rechtsauffassung für den Sachvortrag der Parteien in der mdl. Verhandlung ausdrücklich in seinem Formulierungsvorschlag eines § 279 II hervor; vgl. ZZP 82, S. 275

8) vgl. dazu Baumbach-Hartmann § 275 Anm. 2, der davon spricht, dass "auch jetzt schon eine gewisse rechtliche Erörterung entsprechend dem freilich nicht direkt anwendbaren § 278 III (wohl aber wegen § 139) notwendig sein kann"

9) vgl. BT- 7/2729 S. 36

Im schriftlichen Vorverfahren hat das Gericht nach Eingang von Klage, Klageerwiderung und -ggf. (vgl. § 276 III) - Replik des Klägers baldmöglichst die Verhandlung anzuberaumen (§ 272 III). Auch hier kann dem Steuerungseffekt des parteilichen Tatsachenvortrages nur dadurch Rechnung getragen werden, dass das Gericht den Parteien mit der Terminsanberaumung die rechtlichen Gesichtspunkte nennt, die es nach der Erarbeitung der Schriftsätze für entscheidungserheblich hält.

In der Parteianhörung zu Beginn des Haupttermins (§ 278 I 2) haben die Parteien dann zu den bekanntgegebenen rechtlichen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen und können ihr tatsächliches Vorbringen darauf konzentrieren. Wegen der gegebenen Präzisierungsmöglichkeiten kann sich die anschliessende Beweisaufnahme (§ 278 II 1) unmittelbar an den dann noch erheblichen Streitpunkten ausrichten. Der Gefahr, dass wegen nicht präsenter Beweismittel die Beweisaufnahme auf einen neuen Termin verschoben werden muss, wird durch die Steuerungsfunktion frühzeitiger Hinweise entgegengewirkt.

2. Hinweise im Vorbereitungsstadium

Rechtliche Hinweise nach Abschluss des Vorverfahrens bewirken zwar einen Steuerungseffekt im Haupttermin. Sie können jedoch nicht mehr das Vorbringen im schriftlichen Vorverfahren oder im frühen 1. Termin selbst berücksichtigen.

Zutreffend wird aber darauf hingewiesen, dass § 276

zur Beschleunigung und Konzentration nur geeignet ist, wenn der Richter zu Beginn des Prozesses die entscheidungserheblichen Fragen und Punkte erarbeitet und den schriftsätzlichen Vortrag durch gezielte Aufklärung lenkt¹⁰. Baur¹¹ forderte schon 1966 für das von ihm theoretisch entwickelte und im Stuttgarter Modell praktizierte schriftliche Vorverfahren die Anwendung des § 139 auch auf dieses Verfahrensstadium. Der Richter soll "nicht nur den Schriftsatzwechsel durch Setzung von Fristen zeitlich dirigieren, sondern ihn notfalls auch inhaltlich leiten, indem er die Parteien auf die Punkte hinweist, die nach seiner Meinung einer Erörterung bedürfen".

Die Gefahr rasch anschwellender Schriftsätze¹² kann am wirkungsvollsten dadurch gebannt werden, dass das Gericht mit Fristsetzung zur Klageerwiderung oder Replik (§ 276 I 2, III) auf die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte hinweist, so wie sie sich ihm (bei der Fristsetzung zur Klageerwiderung) aus der Klagschrift oder (bei Fristsetzung zur Replik) aus Klagschrift und Klageerwiderung darstellen. In diesem Fall kann der Steuerungseffekt bereits für das Tatsachenvorbringen während des schriftlichen Vorverfahrens Berücksichtigung finden und überflüssigem Sachvortrag in den Schriftsätzen entgegenwirken.

Gleiches gilt für das Parteivorbringen im frühen

10) Thomas-Putzo § 272 Anm.2 b

11) Baur Wege S.16

12) Baumbach-Hartmann § 272 Anm.3 B, bezeichnet dies als Hauptgefahr des schriftlichen Vorverfahrens

ersten Termin. Sieht man auch hier in der Steuerung des Tatsachenvortrags die massgebliche Voraussetzung für eine optimale Vorbereitung des Haupttermins, kann es keine Rolle für die Geltung des § 278 III spielen, ob die mündliche Verhandlung bereits in diesem Stadium des Verfahrens geschlossen werden kann¹³ oder ob sich an den frühen ersten Termin ein Haupttermin anschliesst. Der frühe erste Termin ist vollwertiger Bestandteil der mündlichen Verhandlung. Hier vorgenommene Prozesshandlungen wirken in einem späteren Haupttermin fort¹⁴. Massgeblich ist allein, dass die Effektivität des frühen ersten Termins zugunsten des Haupttermins gesteigert wird, wenn die Parteien schon in diesem frühen Verfahrensabschnitt ihr Vorbringen an den vom Gericht für erheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkten ausrichten können.

3. Zusammenfassung

Das hier vertretene Verständnis des § 278 III als Steuerungsinstrument des Tatsachenvortrages während des gesamten Verfahrens unter Berücksichtigung der richterlichen Erkenntnisbildung in den einzelnen Verfahrensstadien bedeutet nicht nur systemnotwendig einen Ausschluss von Überraschungsentscheidungen. Es berücksichtigt, dass das

13) darauf stellt jedoch der Bericht des Rechtsausschusses ab, vgl. BT-Drucks. 7/5250 S. 9

14) Grunsky JZ 1977, S. 202

nachfolgende Verfahrensstadium an das vorhergehende in der Rechtsfindung aufbaut und Vorverfahren und Haupttermin insofern in einem funktionalen Zusammenhang stehen. Die bereits in und nach Abschluss des Vorverfahrens gegebenen Rechtshinweise führen zu einer optimalen Vorbereitung des Haupttermins aufgrund der daraus folgenden Begrenzung und Schwerpunktsetzung des Sachvortrages und der Beweisanträge. Die Parteien können bei frühzeitiger Kenntnis der rechtlich erheblichen Gesichtspunkte ihren Tatsachenvortrag auf das Wesentliche beschränken. Das fördert die Konzentration des Verfahrens auf einen Haupttermin.

6. HAUPTTEIL: Die Verfahrensrüge wegen Verletzung des § 278 III

XIX. Voraussetzungen

Die Forderung nach einer möglichst frühzeitigen rechtlichen Aufklärung der Parteien findet ihre Rechtfertigung allein in dem Bestreben einer Beschleunigung des Verfahrens. Dieser rechtspolitischen Zielsetzung soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch § 278 III Rechnung tragen¹. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Norm den Parteien ein subjektives Recht auf möglichst frühzeitige Information gewährt. Das sich aus § 278 III ergebende Recht der Partei auf Stellungnahme wird erst verletzt, wenn die Hinweise nach den oben erarbeiteten Grundsätzen² nicht mehr rechtzeitig erfolgen und den Parteien dadurch die Möglichkeit genommen wird, entscheidungserhebliches Tatsachenmaterial vorzutragen.

Im übrigen bleibt dem Gericht überlassen, zu welchem Verfahrenszeitpunkt es die Parteien hinweist. Unter Berücksichtigung eines beschleunigten Verfahrensablaufes s o l l t e n die Hinweise aber schon während des Vorverfahrens an die Parteien ergehen und im übrigen das gesamte Verfahren begleiten.

Stützt sich nun der Berufungskläger auf einen Verstoß gegen § 278 III, so rügt er einen Verfahrensfehler. In diesem Fall ist zur Begründung der Berufung nicht mehr erforderlich, als für die Revisionsbegründung zu verlangen ist³. Der Berufungskläger braucht nur

1) vgl. die Nachweise unter XVII 1

2) vgl. unter XIV 2

3) Baumbach-Albers § 519 Anm. 3Ca; Thomas-Putzo § 519 Anm. 3 Nr. 2 a unter Hinweis auf BGH VersR 1976, 727

die seiner Auffassung nach verletzte Rechtsnorm und die die Verletzung begründenden Tatsachen anzugeben (vgl. § 554 III 3).

Da § 278 III aber nur verletzt ist, wenn die Partei durch den unterbliebenen rechtlichen Hinweis an einem erweiterten, entscheidungserheblichen Tatsachen-vortrag gehindert worden ist, folgt daraus für das Rechtsmittel-verfahren die Schlussfolgerung, dass ein Verstoss gegen § 278 III in der Rechtsmittelbegründung nur im Zusammenhang mit einem Vortrag gerügt werden kann, aus dem sich ergibt, w e l c h e e n t s c h e i d u n g s e r - h e b l i c h e n T a t s a c h e n a u f g r u n d d e s u n t e r b l i e b e n e n H i n w e i - s e s im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorge-tragen werden konnten⁴. Ohne Benennung der Kausalität zwischen unterlassenem Hinweis und unterbliebenem Tat-sachenvortrag wäre eine Verletzung des § 278 III nicht dargetan.

Ist die konkrete Bezeichnung der nicht vorgetragenen Tatsachen somit schon notwendiger Teil der Berufungs-gründe i.S.d. § 519 III 2 1.Halbsatz, wird der Beru-fungskläger folglich mit der Verfahrensrüge zugleich auch immer neue Angriffs- und Verteidigungsmittel i.S.d. § 519 III 2, 2.Halbsatz zur Rechtfertigung seiner Be-rufung vortragen müssen. § 278 III schafft im neuen Recht somit k e i n e erweiterten Rügemöglichkei-ten, da der Berufungskläger auch nach altem Recht die Berufung a u f neue, im erstinstanzlichen Verfah-ren nicht vorgebrachte Tatsachen hat stützen können. Das Erfordernis einer Bezugnahme in der Berufungsbe-gründung auf konkret unterlassenes Tatsachenvorbringen

4) iE' ebenso Franzki DRiZ 1977, S. 165; Bischof NJW 1977, S. 1902

stellt eine wirksame Schutzvorkehrung dar, um einen Missbrauch der Verfahrensrüge zu verhindern. Das entspricht dem Sinn des § 278 III, der Berufungen vermeiden und keine e r w e i t e r t e n Rügemoöglichkeiten eröffnen will.

XX. Die Bedeutung des Noven-Verbotes für die Verfahrensrüge des § 278 III

In anderem Zusammenhang⁵ wurde bereits betont, dass der Gesetzgeber die strengen Vorschriften des Noven-Verbots nur deswegen als gerechtfertigt erachtet, weil die richterliche Prozessleitung gehalten ist, die Partei während des erstinstanzlichen Verfahrens auf alle entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte hinzuweisen⁶. Den Parteien wird so die Notwendigkeit eines Vorbringens von bestimmten Angriffs- und Verteidigungsmitteln bereits zu diesem Zeitpunkt verdeutlicht. § 278 III ist als verfahrensmässige Legitimation des Noven-Verbotes zu verstehen, indem er dem Gericht Pflichten auferlegt, deren Existenz erst die Beschränkung der parteilichen Rechte im Berufungsverfahren rechtfertigt. Damit wird dem schon von der Rechtsprechung⁷ aufgestellten Grundsatz Rechnung getragen, dass eine Partei dann nicht am Vorbringen neuer Tatsachen gehindert werden darf, wenn sie zu deren Geltendmachung erst durch die Urteilsgründe veranlasst wird.

5) zur Bedeutung der Hilfsbegründung im Berufungsverfahren, vgl. unter V 1 d

6) BT-Drucks. 7/5250 S.5; Abg. Emmerlich in der 247. Sitzung des 7. BT S.17608; Abg. Hauser ebendort, S. 17612 und DRiZ 1976 S.244; so auch Braxmeier vor dem Hearing des Rechtsausschusses, 40/23

7) RG HRR 1931, 877

Es fragt sich jedoch, ob der vom Gesetzgeber hervor-
gehobene Zusammenhang zwischen § 278 III und dem Noven-
Verbot nicht in eine Konfliktlage umschlagen kann. Die
Gefahr besteht, wenn der Berufungskläger mit der Ver-
fahrensrüge Angriffs- und Verteidigungsmittel in das
Berufungsverfahren einzuführen vermag, mit denen er
ohne die Verfahrensrüge bereits präkludiert wäre. Wür-
de dem Berufungskläger diese Möglichkeit offenstehen,
könnte er die Verfahrensrüge als willkommenen Hebel
benutzen, um das Noven-Verbot zu umgehen.

Nach § 528 I, II⁸ hat das Berufungsgericht bei
der Prüfung der Zulassung von Angriffs- und Vertei-
digungsmitteln, die in der ersten Instanz n i c h t
vorgetragen worden sind, die gleichen Maßstäbe anzu-
legen, wie das erstinstanzliche Gericht für den Fall,
dass das Vorbringen bereits während des erstinstanz-
lichen Verfahrens erfolgt wäre. Die §§ 528 I, II, 296, I,
II stimmen im wesentlichen in den Voraussetzungen der
Zurückweisungsmöglichkeiten überein⁹. Die in erster
Instanz wegen Nichtvorbringens unterbliebene Entschei-
dung über die Zulassung wird im Berufungsverfahren

-
- 8) § 527 kann hier unberücksichtigt bleiben, da er für
die Verfahrensrüge des § 278 III im erstinstanzli-
chen Verfahren keine Bedeutung erlangen kann; ebenso
bleibt § 528 III unerörtert, weil der Berufungsklä-
ger die präkludierten Angriffs- und Verteidigungs-
mittel bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorge-
bracht hat, er also durch die Verletzung des § 278
III nicht am Vorbringen, sondern höchstens am recht-
zeitigen Vorbringen gehindert worden sein kann.
Im letzteren Fall wird er nicht eine Verletzung des
§ 278 III, sondern eine fehlerhafte Handhabung der
Präklusionsvorschriften rügen, weil das Gericht auf-
grund seiner Mitverantwortung an einer Zurückwei-
sung gehindert war (vgl. dazu die folgenden Aus-
führungen)
- 9) Putzo NJW 1977, S. 7; Jauernig § 73 V, der den Gedan-
ken der Verfahrensfortsetzung hervorhebt; zu den
hier nicht interessierenden Abweichungen vgl. Gruns-
ky JZ 1977, 206

nachgeholt¹⁰. Dem Problem einer Harmonisierung der Verfahrensrüge des § 278 III mit dem Noven-Verbot ist demnach die Frage vorgelagert, in welchem Verhältnis die rechtliche Hinweispflicht zu den Präklusionsvorschriften im erstinstanzlichen Verfahren steht. War das erstinstanzliche Gericht zu keinem Hinweis verpflichtet oder wäre es gem. § 296 I, II berechtigt gewesen, das vom Berufungskläger erst jetzt im Zusammenhang mit der Verfahrensrüge geltend gemachte Vorbringen zurückzuweisen, muss die Rüge als unbegründet abgewiesen werden. Das ergibt sich aus der oben vertretenen Meinung, die die Rüge einer Verletzung des § 278 III nur für den Fall als begründet erachtet, dass der Berufungskläger gerade durch den vom Gesetz zwar geforderten, aber vom Gericht pflichtwidrig unterlassenen Hinweis am Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel gehindert worden ist. Knüpft man allein an die Kausalität zwischen gefordertem, aber unterlassenen Hinweis und Nichtvorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln an, kann die Gefahr einer Ausschaltung des Noven-Verbotes durch die Verfahrensrüge des § 278 III nicht akut werden. Denn das Noven-Verbot knüpft die Zurückweisung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln an Voraussetzungen an, die **a l l e i n** im Verantwortungsbereich der Parteien wurzeln: der schuldhaften Nichteinhaltung der in § 528 I aufgeführten Fristen und dem Verstoss gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht des § 282 I (vgl. § 528 II). Demgegenüber stellt § 278 III nicht auf einen Verantwortungsbereich der Parteien ab: das Gericht hat tätig zu werden, gleichgültig ob die Parteien die entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte schuldhaft oder schuldlos übersehen haben¹¹.

10) Grunsky, aaO

11) Das übersieht Franzki (DRiZ 1977, 164), wenn er meint, das Gericht brauche die nach einem rechtlichen Hinweis von den Parteien vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel bei dadurch verursachter Verzögerung des Verfahrens nicht mehr zu berücksichtigen, wenn die Parteien von selbst auf den rechtlichen Gesichtspunkt hätten kommen können.

Massgeblicher Ansatzpunkt für die Prüfung des Berufungsgerichts ist somit die Frage, ob das unterbliebene Vorbringen seine Ursache in einer prozesswidrigen Verhandlungsführung des Gerichts oder in einem verzögerlichen Prozessverhalten der Parteien findet. Wird durch eine Verletzung der rechtlichen Hinweispflicht das verspätete Vorbringen verursacht, darf es vom Gericht nicht zurückgewiesen werden. Eine Verspätung, die auf eine nicht ordnungsgemäße Prozessführung des Gerichts zurückzuführen ist, darf den Parteien nicht angelastet werden¹². Die Partei ist vielmehr nach § 296 I, II entschuldigt, "wenn das Gericht trotz bestehender Veranlassung keinen Hinweis nach § 278 III gegeben hat"¹³. Im Gegensatz dazu stellt Deubner¹⁴ nicht auf das fehlende Verschulden der Partei als Zurückweisungs Hindernis ab, sondern sieht in einem verfahrensgerechten Verhalten des Gerichts eine zusätzliche Voraussetzung für die Zurückweisung von Vorbringen. Die Mitverantwortung des Gerichts für die Verspätung des Vorbringens sei ein Zurückweisungs Hindernis¹⁵.

Die dogmatische Begründung für ein Zurückweisungsverbot kann hier dahingestellt bleiben, denn das Ergebnis ist in jedem Fall unstrittig: Ein durch Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht verursachtes verspätetes Vorbringen darf nicht zurückgewiesen werden.

12) vgl. BGH JR 1962, 382; BGH NJW 1975, 1745

13) Thomas-Putzo § 296 3 c, 4 c

14) NJW 1977, 924; JuS 1977, 585

15) aaO

Bischof¹⁶ hält einen rechtlichen Hinweis des erstinstanzlichen Gerichts grundsätzlich für überflüssig und eine Verfahrensrüge für unbegründet, wenn ein dadurch ausgelöstes Tatsachenvorbringen wegen Verspätung ohnehin gem. § 296 hätte zurückgewiesen werden können. Er bringt das Beispiel eines Beklagten, der innerhalb der Klageerwidrungsfrist des § 296 I die Klageerwidrerung nicht zu den Akten bringt und seine Verspätung auch nicht zu entschuldigen vermag. Dieser könne nicht mehr durch die Rüge des in der mündlichen Verhandlung vom Richter unterlassenen rechtlichen Hinweises nach § 278 III seine bereits präkludierte Tatsachensituation verbessern¹⁷.

Steht nach der hier vertretenen Meinung die Hinweispflicht unter der Voraussetzung, den Parteien ein ergänzendes Tatsachenvorbringen zu ermöglichen, um damit die Entscheidung auf eine vollständige Tatsachengrundlage zu stellen, kann es in der Tat keinen Unterschied für die Verneinung der Hinweispflicht machen, ob die Parteien überhaupt **k e i n e** Tatsachen oder zwar Tatsachen vorzubringen vermögen, die ^{aber} nach § 296 I zurückzuweisen sind oder nach Abs.II zurückgewiesen werden können. Es muss jedoch auch hier vom Berufungsgericht geprüft werden, **w a r u m** das Vorbringen verspätet erfolgt ist. Denn der Feststellung, ein Hinweis sei überflüssig, wenn die Partei doch nur bereits präkludierte Tatsachen vorbringen würde, muss die Prüfung vorausgehen, ob eine Präkludierung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil das Gericht seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen ist. Hat die Partei Tatsachen innerhalb einer gesetzten Frist nicht vorgebracht, weil sie wegen Verkennung der Rechtslage von

16) NJW 1977, 1902

17) Bischof, aaO

deren Bedeutung keine Kenntnis hatte, kann sie damit auch nicht präkludiert werden. Das hat zur Konsequenz, dass das erstinstanzliche Gericht u.U. auch nach Verstreichung der gesetzten Fristen zu einem Hinweis verpflichtet ist, um der Partei die Notwendigkeit eines Vorbringens dieser Angriffs- und Verteidigungsmittel zu verdeutlichen. Denn es wäre ein Zirkelschluss, eine Hinweispflicht zu verneinen, weil die Partei mit ihrem Tatsachenvortrag bereits präkludiert ist, bei der Frage der Präkludierung aber nicht zu berücksichtigen, ob das Gericht am verspäteten Vorbringen aufgrund unterlassenen Hinweises eine Mitverantwortung trifft.

Gerade bei einer Fristsetzung, die für a l l e m e i n e s Vorbringen vom Gericht gesetzt wird (vgl. § 275 I 1, III, IV; § 276 I 2, III, § 277), ist es möglich, dass die Partei entscheidende Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorträgt, weil sie vor Ablauf der Frist nicht damit rechnete, dass es auf sie einmal ankommen werde¹⁸. Zwar liegt hier eine Fristsetzung nach § 528 I vor; aber entweder wird man mit Putzo ein Verschulden verneinen, oder mit Deubner ein Zurückweisungsverbot¹⁹ mangels nicht erfolgter rechtlicher Aufklärung bejahen müssen, denn die Partei wurde a l l e i n durch ihre Unkenntnis der Rechtslage am Vorbringen gehindert. Im Ergebnis muss das nicht fristgemässe Vorbringen von Tatsachen einer Hinweispflicht des erstinstanzlichen Gerichts und damit einer Begründetheit der Verfahrensrüge jedenfalls nicht entgegenstehen.

Anders verhält es sich, wenn die Partei zwar von einer falschen rechtlichen Beurteilung ausgeht, ihr aber vom Gericht nach § 273 II Nr.1 eine Frist gesetzt wurde, sich zu b e s t i m m t e n klärungsbedürftigen Punkten zu äussern. Lässt die Partei in

18) darauf weist zutreffend Grunsky JZ 1977, S.205 hin

19) vgl. Fn. 14

diesem Fall die Frist verstreichen, kann sie sich nicht darauf berufen, von der Entscheidungserheblichkeit dieser Punkte wegen Verkenennung der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte nichts gewusst zu haben. Die Partei weiss, auf welche konkreten Überlegungen es dem Gericht ankommt. Für das Eingreifen der Präklusionsvorschriften kann es deshalb wesentlich darauf ankommen, ob der Partei nur eine allgemeine Frist, oder eine Frist nach § 273 II 1 gesetzt wurde.

Die Nichtgeltung des Noven-Verbotes wegen Verkenennung der massgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte während des erstinstanzlichen Verfahrens ist ein weiteres Argument für die Forderung, bereits mit richterlicher Fristsetzung die rechtliche Hinweistätigkeit zu verbinden.

LEBENS LAUF

Am 17. Oktober 1952 wurde ich als Sohn des damaligen Privatdozenten Dr. Herbert Helbig und seiner Ehefrau Dr. Ursula Helbig, geb. Quilisch in Berlin geboren.

Nach dem Besuch der Grundschule ging ich auf das Schadow-Gymnasium in Berlin-Zehlendorf und legte dort im Januar 1972 das Abitur ab. 1970/71 lebte ich als Austauschschüler in New York.

Im Sommersemester 1972 begann ich das Jurastudium an der Universität Freiburg i.Br. und bestand im Dezember 1976 die Erste Juristische Staatsprüfung.

Seit Januar 1977 bin ich Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsvergleichung und seit März 1978 Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg i.Br.



